
A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE EM FACE DA RECUSA EM REALIZAR O EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Patricia Machado Dias Olders Rocha ¹

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Civil, Processo Civil e Tutela dos interesses coletivos, difusos e transindividuais

RESUMO

Este estudo tem como objeto a análise da possibilidade de recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA, em face da Súmula 301 do STJ e da Lei 12.004/2009 nas ações de investigação de paternidade, na medida em que esses preceitos enunciam que diante da recusa em produzir a prova pericial, o investigado será presumido pai da criança. A metodologia empregada para a realização do trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais utilizou-se do método dedutivo argumentativo, concluindo-se que a recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA está pautada em direitos constitucionais e que sobrepõem a qualquer outra norma infraconstitucional, bem como, não se pode colocar o futuro de uma família, ou até mesmo de uma criança sob total responsabilidade dos laboratórios. O exame de DNA é de suma importância nos procedimentos judiciais, devendo ser reconhecido como mais um elemento de prova para a busca da verdade real, mas com as devidas cautelas.

Palavras-chave: Paternidade. Personalidade. Provas. Valoração.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é discutir como se procede a realização do exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, mediante uma análise crítica do procedimento a ser realizado, bem como, os reflexos pertinentes aos direitos da personalidade em uma abordagem sistemática quanto ao direito irrenunciável e intransmissível do ser humano de controlar o uso de seu corpo (intangibilidade do corpo humano) *versus* o direito à identidade pessoal da criança.

Neste viés, será analisado o exame de DNA e a capacidade dos laboratórios em realizar tais exames, bem como o alto grau de confiabilidade dada aos resultados obtidos nos laudos periciais.

Será altercada a atuação dos julgadores nas ações de Investigação de Paternidade, frente à produção de provas, bem como a valoração do exame de DNA diante das outras provas possíveis de serem produzidas na instrução processual.

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Federal do Paraná. patriciaolders@hotmail.com



Enfocar-se-á neste trabalho, a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, diante da violação de princípios constitucionais, analisando o disposto na Súmula 301 do STJ e na Lei 12.004/2009.

Ainda, é relevante nesta seara de discussão discutir a importância do vínculo afetivo formado entre pais e filhos, os quais se sobrepõem ao laço biológico.

Como consequência lógica, emitir-se-á uma conclusão do presente estudo, pautando-se na doutrina, legislação pertinente e jurisprudência, com raciocínio crítico chamando atenção sobre o assunto abordado quanto ao dever do julgador em analisar todas as provas concernentes aos autos, buscando a verdade real e não se tornando apenas homologador de laudos periciais.

Na pesquisa levada a efeito foram estudados artigos científicos e livros jurídicos, de modo que a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa foi o teórico. Para o delineamento das conclusões finais empregou-se o método dedutivo.

1 DO EXAME DE DNA

O exame de DNA, denominado de *ácido desoxirribonucléico*, é reconhecido como uma das maiores descobertas da ciência humana, elemento este que contém o código genético de cada indivíduo.

O exame de DNA, como já é conhecido entre nós, não é novidade no campo científico, eis que foram desenvolvidos estudos a respeito, desde 1984, na Inglaterra, mais precisamente na Universidade de Leicester; nos Estados Unidos, a descoberta fez-se em 1987, e por lá, é conhecido como *genetics fingerprints* (impressão digital genética). No Brasil, esse exame viabilizou-se desde 1988. (SIMAS FILHO, 2002, p. 195).

Para alguns doutrinadores o exame de DNA, é utilizado nas ações de investigação de paternidade como prova absoluta, ou seja, incontestável pelos julgadores, devendo valorar esta prova, acima de qualquer outra produzida nos autos.

Os adeptos desta corrente doutrinária acreditam que, com o advento do exame de DNA, obtendo-se certeza absoluta quanto à paternidade investigada, a



verdade real será desvendada nos autos, efetivando-se a paternidade do investigador em face do investigado.

Já alguns doutrinadores acreditam que, embora a descoberta do exame de DNA tenha sido de suma importância na ciência não só para desvendar a paternidade nas ações pertinentes, mas também para o Direito Criminal, esta prova não deve ser reconhecida como absoluta, e sim analisada juntamente com outras provas produzidas nos autos de Investigação de Paternidade.

Dentro dos procedimentos judiciais, para que o autor possa demonstrar de forma eficaz o direito pleiteado na petição inicial, necessita da produção de provas durante a instrução processual, podendo estas ser de várias espécies. Nas ações de Investigação de Paternidade, o meio de prova mais utilizado é a pericial, que comumente é representada pelo exame de DNA.

Quando de sua descoberta, o DNA trouxe para o processo judicial de Investigação de Paternidade uma certeza de 99,99% de confirmação da paternidade, embora o que se discute é quem realizou o procedimento e sob que condições foram analisadas a molécula genética do investigado e investigador, enfim, esta certeza é realmente absoluta quando analisada de forma correta pelo perito, sendo este reconhecido como auxiliar judiciário nessa modalidade processual.

O DNA pode ser obtido de qualquer célula, como o sangue, a saliva, o cabelo, sêmen e os ossos e as técnicas de seu isolamento são bastante semelhantes àquelas empregadas para qualquer tipo de célula ou amostra que se queira investigar. Entretanto, a qualidade do DNA obtido dependerá da antiguidade do material e do seu estado de conservação. (MADALENO, 2011, p. 586).

Desta forma, esse método é reconhecido com um dos maiores avanços da ciência, utilizado como precursor na busca da verdade real da paternidade, devendo ser analisado juntamente com as outras provas produzidas, sob pena de causar danos irreparáveis às partes litigantes.

Quanto ao DNA que cada ser humano carrega em sua carga genética, possui características únicas e exclusivas dos indivíduos analisados nas ações de Investigação de Paternidade, embora haja duas exceções, a primeira diz respeito aos gêmeos univitelinos ou gêmeos idênticos.



O DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consanguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em cortes e tribunais de justiça de todo mundo. (SIMAS FILHO, 2002, p. 192).

O mesmo autor adverte acerca dos casos de indivíduos que passaram por procedimento de transplante de medula óssea, podendo nessas duas hipóteses, os exames de DNA resultarem de forma negativa involuntariamente.

O transplante alogênico de medula óssea permite a troca da identidade biológica de um indivíduo ao nível sanguíneo. Caso o paciente participe posteriormente como réu em perícia de investigação de paternidade, poderá ser excluído falsamente! O indivíduo transplantado passa a produzir células sanguíneas com as características do doador a partir dos primeiros dias do transplante. (SIMAS FILHO, 2002, p. 192).

Sendo assim, este se torna mais um fato relevante quando da análise do exame de DNA, tido como prova infalível nas ações de Investigação de Paternidade.

Embora para alguns doutrinadores esta espécie de prova seja imprescindível nas ações de Investigação de Paternidade, o julgador não deve ficar adstrito somente a esta prova, tendo como respaldo o que dispõe o art. 436 do CPC, “o juiz não está adstrito ao laudo, podendo formar sua convicção livremente, tomando por base os demais elementos probatórios constantes dos autos”.

Para demonstrar o perigo da constante sacralização do exame de DNA utilizado nas ações de Investigação de Paternidade, é necessário demonstrar qual o procedimento para a realização deste meio de prova tanto utilizado para dirimir a verdade dos fatos.

1.2 Uma análise crítica do procedimento para a realização do exame de DNA

Não há como negar a importância dada ao advento do exame de DNA, utilizado como meio de prova nas ações de Investigação de Paternidade.

Como já mencionado, o exame tornou-se o meio de buscar a verdade real de filiação no processo de Investigação de Paternidade. É por meio deste exame que muitos investigadores acreditam ter resolvido a relação paterno filial, ultrapassando os limites constitucionais, em nome da busca da verdade real.



Neste viés, é de suma importância destacar alguns conceitos quanto ao procedimento utilizado para a realização deste exame pericial, a fim de constatar se realmente este exame pode ser infalível e totalmente confiável pelas partes.

O Poder Judiciário está cada vez mais abarrotado de demandas judiciais, onde os julgadores por vezes buscam o meio mais ágil e fácil de resolver os litígios, a fim de preservar o princípio da celeridade processual. Com o advento do exame de DNA, os julgadores muitas vezes, *ex officio* determinam a submissão do Investigante e Investigado a realizarem tal procedimento, para que assim que obtiverem o resultado, possa julgar a ação de acordo com o laudo pericial.

Basta observar se realmente o meio utilizado para obter o resultado final, bem como, se o perito era apto a desempenhar suas atribuições como auxiliar judiciário, para que este exame seja considerado infalível, e possa ser apreciado pelo juiz como mais um elemento processual, juntamente com outras provas produzidas nos autos.

[...] o teste de DNA deve (mesmo com seu alto grau de certeza) ser compreendido como meio de prova e não como o conjunto probatório em si. Basta lembrar que há cerca de 15 (quinze) anos atrás (passado não muito distante), também existiam ações de investigação de paternidade e, mesmo sem a descoberta do DNA, eram as referidas ações decididas com fulcro no conjunto probatório existente em cada caso. (SHONBLUM, 2008, p. 05).

Embora o Direito deva acompanhar os avanços tanto tecnológicos como da medicina para melhor dirimir as demandas processuais, deve-se levar em conta a segurança jurídica que tal procedimento está baseado, para evitar ser o julgador mero homologador do laudo de exame de DNA, abdicando de provas primárias e não menos importantes para a formulação de sua convicção final.

Quanto à análise do DNA em laboratórios, colhe-se o material genético do investigante e do investigado. Via de regra esse material é representado por certa quantidade de sangue, após será realizado o procedimento através da identificação dos gens, decodificando-os a fim de obter a resposta desejada, podendo ser esta negativa ou positiva, como explica Fernando Simas Filho (2002, p. 193):

A primeira coisa a ser feita deve ser a determinação das seqüências de bases nitrogenadas do investigante. Feito isso, deverão ser as mesmas comparadas com as de sua mãe, estabelecidas essas, restarão, no material genético do investigante, aquelas que recebeu de seu pai biológico e só dele. Se essas seqüências identificarem-se com as existentes no material



genético do investigado, ele é o pai do investigante. Caso contrário, não o é. Se houver coincidência, fica comprovada a paternidade; se não houver, está excluída a paternidade!!! Isso porque o que se examina é o próprio material vital, a essência mesma dos seres humanos..!

Como já mencionado, gêmeos univitelinos e pessoas que se submeteram a transplante de medula óssea podem sofrer alteração no resultado do exame. Ora, o que se busca nas ações de Investigação de Paternidade é a real filiação, o reconhecido do pai em face de seu filho, quando as partes se dirigem até o laboratório para a realização do exame é de suma importância seja realizado uma entrevista com as partes a fim de constatar se não se encontram dentro das situações que podem modificar o resultado final do exame, o qual servirá de embasamento para a formulação da sentença final no referido processo.

Como é possível que a pessoa contra quem se dirige uma ação de investigação, tenha se submetido à transplante de medula óssea, pode ocorrer que, em seu sangue, as células existentes não sejam mais originais e sim, as do doador; nesse caso, a perícia feita nesse sangue redundará em exclusão falsa..! [...] (SIMAS FILHO, 2002, p. 196).

Esse se torna mais um risco para o julgador que se atém somente a esta prova, de forma que pode ser totalmente infrutífera a realização do exame na busca da verdade real.

Sabe-se que antes de perito, o homem é passível de erros, podendo constatar-se erros no procedimento de exame de DNA, de maneira que o laboratório deve em primeiro lugar seguir um padrão de qualidade para a realização de laudos judiciais.

É relevante a exposição da bióloga Anete Trachtenberg, citada por Madaleno:

Os laboratórios brasileiros não sofrem qualquer tipo de fiscalização, e vêm importando há alguns anos *kits* com número inferior de sondas (fragmentos produzidos para identificar regiões do DNA a serem localizadas), necessárias para um teste bem feito, e assim agem, critica Anete, por uma questão meramente econômica, e deixam-se de lado a qualidade técnica do exame e a metodologia científica exigida. (2011, p. 536).

Deste modo, o exame de DNA deve ser analisado com maior cautela pelos julgadores nas ações de Investigação de Paternidade, utilizando de critérios quando da designação do laboratório que irá realizar o procedimento, sob pena de atribuir



um pai que não é o do investigador, frustrando o direito pleiteado, podendo ainda mudar o destino e a vida das partes envolvidas no processo investigatório.

Estas dificuldades enfrentadas nas demandas judiciais, no tocante à prova de Investigação de Paternidade, já foram levadas aos tribunais, inclusive porque os exames foram realizados por peritos não especializados em exame de DNA, bem como fora da área da saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCONFORMIDADE DIRIGIDA CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INTEMPESTIVIDADE. DESIGNAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL. ALTERAÇÃO. As partes foram intimadas da decisão que determinou a produção do exame de DNA em 14 de novembro de 2002. O prazo recursal expirou em 25 de novembro de 2002, uma segunda-feira. Mas o presente recurso foi interposto apenas em 09 de setembro de 2003, ou seja, quase 10 meses depois. Com relação ao laboratório que fará a perícia genética, não há como manter aquele que foi designado pelo juízo. Os peritos do referido laboratório não tratam da saúde humana. São engenheiros agrônomo e florestal, e não médicos. São geneticistas, mas lidam com plantas e não com pessoas. Conheceram em parte do recurso, na parte conhecida, deram provimento (TJ/RS. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70.007.122.484. Relator: Des. Rui Portanova. Julgado em 18.12.2003). (MADALENO, 2011, p. 536).

Este entendimento é recente, e demonstra que os laboratórios no Brasil não são fiscalizados pelo Poder Judiciário, colocando em risco a segurança jurídica nas demandas judiciais.

Ainda, há outras circunstâncias que devem ser observadas quanto ao procedimento realizado pelo perito responsável, capaz de mudar todo o resultado do exame.

No que diz respeito a eventuais problemas possíveis de serem ocasionados, Castro (2007, p. 104-106), citado por Madaleno (2011, p. 537), demonstra:

[...] reagentes deteriorados, temperatura de processamento inadequada, máquina de eletroforese defeituosa e placa de gelatina desnaturada. E lembra que as amostras podem ser adulteradas com substâncias que impeçam o exame, sem deslembrar as fraudes humanas executadas envolvendo dinheiro e poder, podendo esta fraude se dar na colheita da amostra, com a troca da pessoa a ser examinada; ou com a substituição do material a ser examinado, provocando resultado negativo.

Para que este problema seja sanado, bem como haja total confiança no laboratório escolhido para ser realizado o exame, deve-se em primeiro lugar criar um órgão de fiscalização, o que não acontece no Brasil, com certas exigências e



profissionais experientes em Investigação de Paternidade, para evitar fraudes, servindo somente o Médico como auxiliar da justiça. Fernando Simas Filho (2002, p. 124), vai mais além, quando afirma que “o médico só pode se responsabilizar por exame em DNA se possuir qualificações em genética”.

Esta qualificação é importante, uma vez que a análise do DNA deve ser feita da forma mais criteriosa possível, baseada no *Teorema de Bayes*, determinado por Madaleno (2011, p. 540), como “[...] a fórmula matemática construída a partir da lei de multiplicação das probabilidades e que permite calcular a possibilidade que tem determinado indivíduo de ser realmente o indigitado progenitor [...]”.

Ainda quanto à análise do procedimento para a obtenção do resultado de DNA, vale destacar que o material genético pode sofrer mudanças, “[...] por este motivo, um estudo de paternidade será tão mais informativo quanto maior for o número de marcadores genéticos envolvidos na análise”. (SIMAS FILHO, 2002, p. 220).

Isso demonstra como o procedimento de exame de DNA é complexo e exige cuidado e responsabilidade por parte daquele que irá realizá-lo, na medida em que a metodologia escolhida está diretamente ligada ao resultado final.

1.3 Da valoração do exame de DNA

O exame de DNA é sem dúvida um grande avanço na ciência, devendo ser prestigiado pelo Poder Judiciário e seus auxiliares na busca da justiça, ressalvadas as devidas proporções quanto ao procedimento para se obter o resultado final.

A primeira manifestação quanto à valoração nas provas nos processos judiciais, foi a prova legal, onde aquele que estivesse com a razão sobre os fatos declarados, estaria protegido pelas forças divinas, “[...] era a crença na intervenção divina em todos os acontecimentos”. (MARTINS NETO, 2004, p. 587).

Depois de abolido esse primeiro sistema, passou-se a utilizar o sistema de prova apriorística, “[...] uma série de regras que determinavam o valor probatório de todos e cada um dos meios de prova, tendo-se assim o resultado a que podia chegar o juiz, atendidas as provas praticadas”. (MARTINS NETO, 2004, p. 587-588).



Esse sistema representava uma forma de garantir os fatos trazidos pelas partes frente ao juiz, para que fossem provados conforme a sua convicção.

Atualmente, o processo é apreciado e julgado conforme o livre convencimento do juiz, devendo este formar sua convicção a partir de quaisquer elementos presentes nos autos, devendo motivar todas as suas decisões, sendo este o da persuasão racional.

Quanto ao princípio da motivação das decisões judiciais, Ricardo Aronne (1996, p. 73), citado por Martins Neto (2004, p. 588-589), aponta que “[...] o magistrado possui plena liberdade de julgar o feito, segundo seu convencimento, tendo como limitador a esta liberdade a lei, os fatos constantes dos autos e os limites da lei”.

Desta forma, não se deve valorar o exame de DNA pelo simples fato de ter sido elaborado por um *expert*. Deve-se analisar todo o conjunto de provas elencadas nos autos, sob pena de julgar a ação com erros irreparáveis para as partes, tornando-se preso ao resultado do laudo pericial.

Nossos julgadores precisam entender que não é irreal a possibilidade de enganos, e que isso pode se traduzir em prejuízos irreparáveis, o que representa mais um forte motivo para que as demais provas produzidas em juízo também sejam valoradas e consideradas para a formação de sua decisão. (MARTINS NETO, 2004, p. 601).

Segundo o entendimento de Câmara, [...] “o exame de ADN parte de uma falsa premissa: a de que pode haver certezas ou verdades absolutas na ciência. Ressalvados os teoremas matemáticos, nada na ciência é absoluto.” (2008, p. 05). E não sendo o exame de ADN (DNA) de forma absoluta, pode sofrer alterações e ser questionado, sendo pautado nas grandes probabilidades.

Vale destacar a lição de Zeno Veloso (p. 387), citado por Câmara (2008, p. 08), quanto à realização do exame de DNA e o perigo de sua sacralização pelo Poder Judiciário:

O exame de DNA tem sido realizado como prova única, como prova máxima, maravilhosa (em todos os sentidos do vocábulo) e essencial, aparecendo como panacéia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ele deve estar compreendida no conjunto probatório.



Neste sentido, o juiz não é obrigado a aceitar tudo o que consta no laudo pericial. Na dúvida quanto ao resultado o magistrado pode solicitar a realização de novo exame, ou ainda, este é livre para decidir de forma contrária ao resultado final, uma vez que todas as provas possuem o mesmo peso dentro do processo, isto é, todas as provas merecem ser valoradas.

Quanto à valoração, é apropriado o princípio da livre apreciação motivada pelo juiz em sua decisão final, não existindo norma no ordenamento jurídico capaz de valorar qualquer prova, pois todas são importantes dentro do contexto processual, cada uma responsável por formar a convicção judicial dentro de suas possibilidades jurídicas, por isso o exame de DNA possui o mesmo peso valorativo como qualquer outra prova produzida, servindo como mais um elemento ou meio de convencimento judicial para se obter um resultado final, tanto favorável como desfavorável para as partes.

2 DA RECUSA DO SUPOSTO PAI EM SE SUBMETER AO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Várias são as interpretações dadas tanto pelos doutrinadores quanto pela jurisprudência em face da recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade.

Alguns encontram respaldo da recusa no princípio da legalidade, no direito de não produzir provas contra si, outros acreditam ser o exame de DNA um mero indício de paternidade, já a legislação e a jurisprudência têm entendido que em sede de recusa, este será presumido pai do investigado, de acordo com o que dita a Súmula 301 do STJ e a Lei 12.004/2009.

Majoritariamente, a jurisprudência vem conferindo à recusa o valor de indício componente do acervo probatório. Expressões tais como “presunção de receio do resultado” “expediente para eximir-se da culpa” e o próprio fato da recusa injustificada, sempre aliados a outros fatores, têm sido utilizados para fundamentar a procedência dos pedidos. (MORAES, 2008, p. 07).



Já quando se fala em recusa diante da doutrina, esta reconhece que o exame de DNA não é absoluto, devendo ser utilizado no processo de Investigação de Paternidade como mais um meio de prova para se chegar à sentença final.

Na doutrina, ao contrário, considerou-se que a recusa pode apenas ser interpretada desfavoravelmente ao réu, jamais porém, traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas um meio de prova complementar e não um fundamento da sentença. (MORAES, 2008, p. 07).

Tal recusa é causa de sérias discussões doutrinárias quando se pensa no direito ao investigado de saber a sua real filiação e de outro lado a violação dos direitos do suposto pai, quanto à sua incolumidade física, ambos direitos consagrados na Constituição, pertencentes ao rol do art. 5º.

Não se discute o direito do filho em desvendar a sua identidade genética, que é de suma importância para a sua vida. Mas, o que realmente o investigado pretende nas ações de Investigação de Paternidade é saber a verdade real sobre sua filiação, não apenas uma presunção de paternidade, de forma que, deste modo, continuará na dúvida sobre tal fato.

Não há no ordenamento jurídico qualquer norma que autorize a condução forçada do investigado ao laboratório para a realização do exame de DNA quando este se recusa, sendo assim, a lei em síntese ampara mesmo que indiretamente a possibilidade de recusa em realizar o exame de DNA como prova, baseando-se no princípio da legalidade, onde “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. (Art. 5º, II, CF/88).

A propósito disto, Schonblum questiona “[...] qual a lei (*lato ou stricto sensu*) que dispõe sobre a obrigatoriedade de se submeter a qualquer exame, com intuito de fazer prova em processo judicial?” (2008, p. 07).

A partir do momento que a lei torna possível a recusa do investigado a realizar o exame, este passa a ser uma faculdade e não uma obrigação frente ao Poder Judiciário, mesmo que em contraposição com outro dispositivo legal, o direito da criança em saber a sua real identidade, de forma que se editada tal lei, esta seria inconstitucional, por violar direitos individuais do ser humano, constatando-se, então, conflito de normas constitucionais.



A recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA deve ser analisada pelo julgador como mais um indício de paternidade, desde que presentes nos autos outras provas capazes de convencer o julgador em sua decisão final.

Quando o suposto pai se recusa em realizar o exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, o que se vê com freqüência no Poder Judiciário, é o julgamento da ação por presunção de paternidade.

Não há como superar os demais meio de prova em troca apenas da presunção da paternidade pela recusa de submeter-se ao exame genético; por isso, nunca a negativa ao exame poderá ser suficiente para interpretar em favor da paternidade, sendo essencial confrontá-la com o restante da prova tradicional. (MADALENO, 2011, p. 539).

A Lei 12.004, de 29 de julho de 2009, acrescentou o art. 2º-A à Lei 8.560/1992, que regula a Investigação de Paternidade, determinando que quando o suposto pai se recusar a realizar o exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada juntamente com as outras provas produzidas nos autos.

Em seu texto, a nova lei não menciona requisitos ou determinações específicas quanto à realização do exame de DNA, inclusive não ressalva que a perícia precisa ser médica, e principalmente por médico geneticista, ou seja, apto a desenvolver a função de perito, auxiliando o juiz a formar o seu convencimento final sobre a lide.

Embora, antes da vigência da referida lei, o Código Civil já prelecionava em seus arts. 231 e 232, a possibilidade de o suposto pai se recusar em realizar o exame de DNA, de forma que tais artigos enfatizam a necessidade de o julgador analisar todas as provas constantes no processo.

Sendo assim, a recusa já vem amplamente tutelada desde o Código Civil de 2002, admitindo a possibilidade da recusa, embora o suposto pai sofra consequências, mas jamais será forçado ou obrigado a realizar qualquer ato que não esteja determinado na legislação.

Neste viés, Madaleno expõe que “[...] no Brasil, a presunção pela recusa ganhou corpo normativo com a edição do vigente Código Civil, em seus artigos 231 e 232, e depois com a edição da Lei n. 12.004/2009.” (2011, p. 591)



Diante da análise dos artigos pertinentes à realização do exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, ao suposto pai é dada a faculdade de dispor sobre seu corpo, uma vez que está valendo-se dos ditames da lei, mesmo que esta decisão lhe acarrete consequências, mas a partir do momento em que a lei põe a salvo o direito de escolha, deixa de ser uma obrigação o seu total cumprimento.

Não haverá lei que use de meios coercitivos para que o suposto pai realize o exame de DNA, embora todos tenham o dever de colaborar com o Poder Judiciário (art. 339, CPC), o investigado quando de sua recusa, deverá demonstrar seu direito com outras provas pertinentes, para que estas sejam analisadas dentro de um contexto probatório. Não será o resultado do laudo laboratorial o responsável por dizer o direito pleiteado pelo investigante, e sim o juiz com seu livre convencimento motivado, após analisar todas as provas sem distinção ou valoração.

Ainda que, quando se trata deste assunto o direito da criança deve sempre prevalecer, o que se discute de forma incessante é a lacuna processual quanto à obrigatoriedade ou não de o suposto pai realizar o exame de DNA, de forma que quando da edição da Lei 12.004/2009, apenas modificou o texto normativo, não acrescentando nenhuma solução concreta, diante da necessidade de se revelar a paternidade de fato e não presumida.

Quando se recusa a realizar o exame, o investigado cria forte indício de ser o pai do investigante, pois a decisão final é do julgador que poderá interpretar a recusa como um ato negativo, embora, se estiverem presentes nos autos outras provas possíveis de identificar que o investigado não é o pai do investigante, pode o juiz sentenciar pelo indeferimento dos pedidos formulados pelo autor na petição, demonstrando assim que não está adstrito somente ao laudo pericial. Aliás, este é o entendimento de Madaleno:

Não pode haver preferência ou eleição por um único meio probatório, naquilo identificado por Sandra Maria da Silva como uma verdadeira fobia de transmutar o perito em julgador do feito, muito mais quando sobre a recusa do investigado em se submeter ao exame judicial do DNA implica praticamente a certeza da filiação por presunção jurídica. (MADALENO, 2011, p. 535).

Em que pese a quantidade de sangue necessária para a realização do exame seja considera ínfima, não há valor ou quantidade que determine o que efetivamente viola o princípio de intangibilidade do corpo ou a invasão da



privacidade. Desta forma, qualquer quantidade de sangue, ou outro material se retirado sem o consentimento do investigado, estará violando norma constitucional e principalmente o princípio da legalidade.

A recusa do investigado em realizar o exame de DNA, não configura desobediência a ordem judicial, uma vez que não há lei que o obrigue a cumprir tal realização, bem como não é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Assim, a recusa em realizar o exame, torna-se mais um elemento a ser apreciado pelo julgador em confronto com as demais provas para que este forme o seu convencimento final, tendo a prerrogativa de acatar ou recusar os pedidos formulados pelo investigante na petição inicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço contínuo da ciência contribui sobremaneira para uma melhor instrumentalidade do Direito, o qual deve estar atento às novas realidades sociais.

Nesse sentido, a possibilidade de realização do exame de DNA configura verdadeiro progresso no campo científico. Contudo, numa ação de Investigação de Paternidade, o que se busca é conhecer a identidade biológica, ou seja, o objetivo maior é conhecer o pai biológico, e não aquele pai que a lei assim o considera por mera lacuna processual.

Com o advento da Lei 12.004/2009, denota-se que o legislador não regulamentou a hipótese de recusa ao suposto pai de realizar o exame de DNA, pois nesses casos, segundo a lei, o investigado será o pai presumido, na medida em que a recusa deve ser analisada juntamente com outras provas produzidas no processo.

Diante disto, o legislador acaba por condicionar a ação do investigado a uma consequência posterior, de modo que o exame de DNA soma-se a outras provas, pois não é o único meio de se saber a verdade real sobre a paternidade, devendo o julgador analisar todo o contexto probatório de forma criteriosa, usando de seu livre convencimento e de acordo com uma minuciosa apreciação das provas.

Neste viés, entende-se que a recusa configura-se em mero indício de paternidade em desfavor ao investigado, pois como mencionado neste trabalho, nada é absoluto, não se pode valorar provas dentro de um processo, sobretudo



quando se discutem direitos individuais e indisponíveis, consagrados pela norma maior do ordenamento jurídico.

O exame de DNA é passível de falhas, por ser realizado por pessoas humanas, seres passíveis de erros, imperfeitos, de modo que não pode o julgador apenas servir como homologador de laudos periciais, pois a alta confiabilidade no resultado do exame põe em risco o futuro de famílias e crianças que apenas buscam a verdade.

Por se tratar o exame de DNA de um grande avanço na ciência, deve ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, a fim de se evitar falhas, pois no que se refere a sentimentos, afeto, amor fraterno, não se admite falhas.

Enquanto a norma que trata da recusa do investigado em realizar o exame de DNA não tiver seu texto alterado, o exame torna-se mera faculdade do investigado, sabendo que terá que arcar com as conseqüências e utilizando-se do seu direito Constitucional a não violar sua intimidade e sua vida privada.

Toda criança tem o direito a um pai, mas um pai verdadeiro, aquele que acima de qualquer coisa lhe ame, lhe dê afeto, devendo a legislação pátria rever seus textos, a fim de se evitar presunções, carregadas de mágoa e tristeza, afinal, o que se busca na Investigação de Paternidade é o reconhecimento em todos os seus aspectos processuais, evitando ser a sentença uma tragédia familiar.

É necessário que se repense quanto à infalibilidade nos resultados de exame de DNA emitidos pelos *experts*, evitando a violação ao contraditório e a outras provas tão importantes quanto o DNA.

Após toda a pesquisa realizada quanto à recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, conclui-se que o exame de DNA acaba por tornar-se uma faculdade do investigado quanto à sua realização e cria forte indício de paternidade quando da recusa em realizá-lo.

Finalmente, fica a certeza de que nada é infalível, perfeito e absoluto. Assim como a ciência, o Direito está em constante transformação. Deste modo, as normas devem sofrer as devidas adequações para responder satisfatoriamente às demandas sociais, de maneira que as discussões sobre o tema não se encerram, pois enquanto houver seres humanos, haverá discussões nesta seara.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei 12.004 de 29 de julho de 2009. Dispõe sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jul. 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007.../2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 301**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0301a0330.htm>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”?**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/getfile?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db.b0a972d5235&groupId=10136>. Acesso em: 20 jan. 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS NETO, Hamilton de Oliveira. **A falibilidade do exame de DNA: necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/06.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Exame de DNA: Faculdade ou obrigatoriedade? Indício, presunção ou prova?** Disponível em: <http://www.cgadvogados.com.br/html/downloads/Exame_de_DNA_Faculdade_ou_Obrigatoriedade_Indicio_Presuncao_ou_Prova.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 8ª edição. Curitiba: Juruá, 2002.

