

O TESTE DE DNA E A DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE

Anderson Maestro Vidal
Acadêmico do 4º ano de Direito
Faculdades Integradas Fafibe
amvaclimacao@uol.com.br

Resumo: A averiguação da paternidade é um procedimento complexo, com múltiplos desdobramentos e conseqüências para todos os envolvidos – conseqüências quanto ao nome, herança, pensão alimentícia – razão pela qual deve ser realizada com rigor processual na colheita e análise do conjunto probatório. Assim, a utilização do Teste de DNA, como prova, embora extremamente importante, é apenas um dos elementos do processo, o qual deve esclarecer, através de outros meios, a eventual dúvida a respeito da paternidade responsável, o que demanda do Estado-juiz prudência na aplicação do direito.

Palavras-chave: DNA; Paternidade; Direito Civil; Reconhecimento; Prova

Introdução: O Direito Romano e o Código Civil de 1916

No direito romano, o poder exercido pelo homem – “*pater familias*” – no ceio familiar era quase que absoluto sobre os escravos, os filhos e a própria mulher. Quando da constituição da família, à época, obrigatória era o culto ao patriarca, em detrimento aos progenitores. O casal tinha que ter ao menos um filho homem para dar continuidade ao culto dos deuses e antepassados daquela família.

Essa importância na figura paternal do direito romano foi incorporada pelo direito pátrio, especialmente quando do advento do Código Civil de 1916, em que, vivendo em uma sociedade completamente patriarcal, a legislação brasileira incumbiu ao homem a direção e condução da família. A mulher casada, ainda que maior de 21 anos de idade, era considerada relativamente incapaz e não lhe era assegurado o direito de exercer o pátrio poder sobre os filhos e administrar os bens comuns pertencentes ao patrimônio do casal, incumbência exclusiva do marido. O casamento tinha uma conotação totalmente diversa da atual, uma vez que as relações sócio-afetivas entre os cônjuges não eram o escopo principal do matrimônio.

O direito civil brasileiro, portanto, seguindo essa tradição, classificava os filhos em legítimos, ilegítimos, legitimados e bastardos. Legítimos eram aqueles gerados na vigência do casamento dos seus pais, sendo ilegítimos ou bastardos os nascidos fora do vínculo matrimonial. Os legitimados eram considerados aqueles

concebidos por pessoas não casadas, que posteriormente ao nascimento viessem a se casar.

Como o passar do tempo e renovação dos costumes, fatos que demandam a evolução legislativa, o Código Civil de 1916 trouxe, em seu bojo normativo, a possibilidade de reconhecimento de filhos, sendo que a legitimação poderia dar-se com o casamento dos pais, sendo os filhos legitimados equiparados aos legítimos. Nesse sentido, o casamento, portanto, era uma das opções de legitimação, porém não única.

A paternidade poderia também ser confessada espontaneamente pelo pai, bastando o registro e assinatura no Cartório. Reconhecimento este que se estendia aos descendentes, no caso de filho já falecido. Embora o artigo 358 do antigo Código Civil estabelecer a impossibilidade de reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O artigo 358 do Código Civil de 1961 foi o único que não trazia nenhuma possibilidade de reconhecimento, com a seguinte redação: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”, porém a Constituição Federal de 1988 mudou por completo essa sistemática.

1. A Constituição Federal de 1988

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, grifo nosso). Observa-se, pela citação do preâmbulo da Constituição, responsável pelo norte princípio lógico do texto constitucional, que a igualdade norteia os princípios, entre eles a igualdade como marco no tratamento isonômico entre homens e mulheres, especialmente no convívio conjugal.

O casamento que até então era a único meio de constituição de família não mais impera como absoluto, pois a Carta Magna trouxe, em seu artigo 226, §3º, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, com a sua conversão em matrimônio facilitada pela legislação federal.

Os filhos, ademais, pela sistemática constitucional, não mais podem sofrer qualquer tipo de discriminação. As nomenclaturas ilegítimas, bastardas foram banidas, nos termos do artigo 227 § 6º, *in litteris*: “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”.

O pátrio poder também sofreu alteração. Além da terminologia, alterada para *poder familiar*, subtraiu-se da pessoa do pai do cabedal da família, para impingir em ambos os cônjuges esse encargo. Justo título, pois notório, hodiernamente, a importância das mães na família, muitas vezes fazendo o papel também do pai.

Com a maior participação das mulheres no mercado de trabalho, avançado desenvolvimento tecnológico e amplo acesso ao próprio Poder Judiciário, elas, que antes não procuravam a tutela jurisdicional para reconhecimento do direito à paternidade de seu filho, com receio de serem caluniadas, não mais encontraram óbices com o advento da Constituição Cidadã de 1988, que lhes garantiu, além do acesso irrestrito ao Judiciário (art. 5º, XXXV), isonomia de tratamento em relação ao homem, em quaisquer circunstâncias, como direito fundamental (art. 5º, caput).

A tutela jurisdicional quanto ao reconhecimento do direito à paternidade, por outro lado, ganhou instrumento importante com a evolução médico-científica, em especial, o Exame de DNA que é abreviação de ácido desoxirribonucléico, que garante, em processos dessa natureza, resultados com 99,99% de certeza quanto à paternidade.

2. A evolução da tecnologia

A tecnologia na medicina criou alguns exames que precedem ao que conhecemos hoje de DNA, quais sejam, o grupo sanguíneo dos seres humanos A, B, AB e O deram o nome do ABO e o *Human Leucocyte Antigen* ou Antígeno de Leucócitos Humanos conhecido como HLA que não apresentavam uma exatidão nos resultados, os quais raramente passavam dos 70% de certeza na determinação de paternidade. Nesse sentido, para a confirmação da paternidade, outros meios de provas eram necessários. Com o surgimento de novas técnicas, a partir dos anos 70, o Exame de DNA tornou-se uma realidade.

O DNA pode ser detectado no núcleo de qualquer célula de um organismo, com exceção das células vermelhas do sangue (hemácias), as quais não possuem núcleo. Pode ser identificado nas células da pele, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do

sêmen, da saliva, dos músculos, dos dentes, na urina etc., sendo que tem sua formação no momento da concepção.

O DNA, portanto, trata-se da identificação genética do ser humano, imutável. Cada pessoa apresenta um padrão único, exceto os gêmeos idênticos.

A análise do referido material pode ser realizado a qualquer momento: durante a gravidez, em recém-nascidos ou mesmo em durante a idade adulta. Para tanto, verifica-se que o material mais usual para a coleta do DNA é o sangue venoso, sendo necessário, para o exame, pouca quantidade.

As células sanguíneas não precisam permanecer vivas do momento da coleta até a realização do exame, o qual pode ser realizado, pela imutabilidade do material genético, em amostras tiradas há semanas, meses ou até mesmo anos.

Quanto à realização do Exame de DNA, pode ser realizado em avós, irmãos e outros filhos daquele suposto pai que se recusa a realizar a referida análise, ou que já se encontra morto. Constata-se 100% de acerto nos casos de exclusão de paternidade, chegando a 99,99% quando da inclusão.

É o método mais seguro na atualidade para a determinação de paternidade e maternidade, porém nosso Código de Processo Civil alude também outros meios de provas quanto ao reconhecimento de paternidade, tema tratado com mais detalhes abaixo.

3. Os meios de provas no Código de Processo Civil brasileiro

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, traz o princípio do devido processo legal, o qual se comporta como a pilastra de sustentação de qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo. Se desrespeitado o referido ditame constitucional, eiva-se o feito de nulidade, pela sua importância na garantia da ampla defesa e do contraditório como seus corolários.

O magistrado se convence com provas, que na definição de Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 427), é “o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual, pois ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais”.

Vários tipos de provas existem em nosso ordenamento jurídico: depoimento pessoal, confissão, prova documental, exibição de documento ou coisa, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

A prova não é dirigida as partes e sim ao juiz. Nenhuma tem maior validade do que a outra, embora se entenda que há uma presunção maior dos documentos públicos por serem dotados de fé pública. Assim, presumem-se verdadeiros, cabendo ao interessado argüir a falsidade do material.

Assim, diante o rol probatório, caberá ao magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme colaciona o art. 130 do Código de Processo Civil.

A partir da livre apreciação das provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, o juiz deverá indicar em sua decisão, manifestada em sentença, os motivos que formaram o convencimento, em razão do princípio do livre convencimento motivado, baliza do direito processual civil pátrio.

A busca da verdade real é algo que sempre se objetivou no processo civil. Muitas vezes, cabe ressaltar, que em virtude do elevado número de processos que tramitam hoje em nossos tribunais, a verdade formal – aquela constata apenas pelos documentos e manifestações nos autos – ainda impera, embora o artigo 339 do CPC termine que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Uma realidade que prejudica a investigação da situação real das partes, que não se encontra, pela própria sistemática processual, esclarecida no processo.

No caso de ações de investigação de paternidade, óbices causados pelo suposto pai na busca da verdade real pode lhe trazer resultado desagradável. Como determina a Súmula 301 do STJ, “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Assim, recusando-se a se submeter ao referido exame, ao suposto pai são atribuídos os mesmos efeitos da confissão ficta.

Nesse sentido, o teste de DNA, hodiernamente, é considerado a “rainha” das provas quanto aos processos de reconhecimento de paternidade, sendo muitas vezes solicitado de imediato, sem a análise acurada de outras provas, comprometendo os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Muitas ações são ajuizadas somente por motivos econômicos, vinganças afetivas, sem indícios probatórios e também oportunidade ao suposto pai de apresentar suas razões para negar à realização do referido exame.

No Brasil não há obrigatoriedade de se submeter ao teste de DNA, mas o ônus da recusa, na busca da verdade, recai integralmente sobre a pessoa do pretense pai. O artigo 333 do Código de Processo Civil nos ensina: “O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”

Juristas e estudiosos alertam para o fato da “sacralização” do uso do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, sem que haja indícios probatórios mínimos que confirmem razoabilidade e credibilidade à pretensão deduzida em juízo.

Conforme parecer do Supremo Tribunal Federal (STF), no *Habeas Corpus* HC n. 71.373/RS, submeter-se ao exame do DNA não é obrigatório, conforme ementa: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

Ora, se o STF entende não ser obrigatória a realização do exame, não pode o Poder Judiciário querer imputar a responsabilidade em quem se escusa de fazê-lo. A Constituição Federal proclama que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. A recusa de se submeter-se a exames, nesses termos, não imputará ao sujeito o fato que lhe está sendo atribuído em juízo. A ausência de provas, e com isso o não convencimento do juiz, portanto, deverá resultar em improcedência da demanda investigatória.

Considerações Finais

O teste do DNA, embora com maior precisão que os tradicionais, não é infalível. Isso por que pode haver troca de amostras, bem como falha na leitura ou transcrição dos dados obtidos.

Não há controle e nem fiscalização sobre credenciamento, organização, funcionamento e número dos laboratórios autorizados. No Brasil, existem milhares de

laboratórios que fazem o exame, porém a maioria realiza a referida análise visando lucro, pois se observa que tal procedimento, no país, não é barato. Na Alemanha, por exemplo, apenas quatro laboratórios são autorizados a realizar o exame.

Ademais, também não há controle sobre o pessoal especializado que trabalhe nesses laboratórios, bem como de técnicas e métodos, os quais, geralmente importados, diferem-se quanto ao tratamento do material obtido, em especial, frente às especificações oriundas das diversas raças constantes da população brasileira.

Todo processo científico deve ser utilizado pelo Direito para a realização de seus fins, em especial, a Justiça. A utilização do DNA na investigação da paternidade é um grande meio de prova, mas não pode ser considerado o único, excluindo os demais. Não se pode transformar o Poder Judiciário em mero órgão homologador de laudos periciais.

A averiguação da paternidade é um procedimento complexo, com múltiplos desdobramentos e conseqüências para todos os envolvidos – conseqüências quanto ao nome, herança, pensão alimentícia – razão pela qual deve ser realizada com rigor processual na colheita e análise do conjunto probatório. Por outro lado, a investigação biológica, embora importante, é apenas um dos elementos da paternidade responsável e sócio-afetiva, o que demanda do Estado-juiz prudência na aplicação do direito.

Bibliografia

- MADALENO Rolf. A sacralização da presunção na investigação da paternidade. Porto Alegre: Ajuris, 1998.
RASKIN Salmo. DNA e investigação de paternidade. Curitiba: Juruá, 1999.
WAMBIER, Luis Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: RT, 2005. v. I.