

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA DE DNA NAS DEMANDAS INVESTIGATÓRIAS DE
PATERNIDADE: UMA VISÃO COMPARADA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E
O PORTUGUÊS**

**USO DE PRUEBAS CIENTÍFICAS DE ADN EN ACCIONES DE INVESTIGACIÓN DE
PATERNIDAD: UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE DERECHO PORTUGUÉS Y
BRASILEÑO**

ROSÂNGELA VIANA ZUZA MEDEIROS¹

ALICE KRÄMER IORRA²

RESUMO

O presente artigo aborda a temática das provas de DNA nas Ações de Investigação de Paternidade, tão conhecidas no cenário jurídico atual. Inicialmente, trata de aspectos gerais da paternidade e sua investigação. Em seguida, estuda os meios de prova mais utilizados nas demandas deste gênero, inclusive referindo-se à evolução das formas de se provar a filiação no decorrer dos tempos. De modo especial analisa as vicissitudes da prova por exame de DNA, tratando, inclusive, da possibilidade de reconhecimento da paternidade por presunção. Para finalizar, levanta problematizações quanto à possibilidade de elaboração do exame genético do DNA entre particulares, mencionando, igualmente, a possibilidade jurídica da realização dos exames através de “Kits de DNA” que são postos à venda no mercado comercial. É, sem dúvida, um tema que merece maior aprofundamento, mormente quando se trata de algo com vasta e rica doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade; Prova; DNA.

RESUMEN

En este artículo se aborda el tema de las pruebas de ADN de paternidad en Acciones de Investigación, muy conocido en el escenario jurídico actual. Inicialmente, se ocupa de los aspectos generales de la paternidad y su investigación. Después, estudia las pruebas utilizadas con mayor frecuencia en demandas de este género, incluyendo referencia a la evolución de las formas de probar a lo largo del tiempo. En particular, examina cuestiones acerca de la evidencia de las pruebas de ADN, tratando incluso de la posibilidad de reconocer la presunción de paternidad. Por último, trata de la posibilidad de desarrollar la prueba genética de ADN entre particulares, mencionando también la posibilidad legal de los exámenes a través de "kits de ADN" que se ofrecen a la venta en el mercado comercial. Sin duda es un tema que merece mayor profundidad, sobre todo cuando se trata de algo con vasta y rica doctrina y jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Paternidad; Prueba; ADN.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/PT. Especialista em Direito Processual Civil pela UnP/ Laureate International Universities. Professora da Universidade Potiguar- UnP/ Laureate International Universities e Advogada. E-mail: rosangelazuza@unp.br

² Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra/PT. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS. Advogada. E-mail: aliceciorra@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva demonstrar como a prova científica do DNA³ pode ser relevante e necessária na investigação da paternidade, como forma da busca da verdade real da filiação biológica. Essa incansável busca das partes, as quais se contrapõem em suas diretivas – o autor afirma a paternidade do suposto pai e este se insurge com alegações da ausência da relação jurídica perquirida – deu origem à necessidade da utilização da prova genética da paternidade, a qual ganha espaço e notoriedade no mundo jurídico.

A lide posta leva que a investigação de paternidade, mais do que algumas ações, busca a verdade real – se é que essa exista⁴ – e não a que advém do processo. É necessária e utente, pois sem a comprovação científica do vínculo biológico, mesmo que seja determinada ou negada a paternidade, não se terá a proteção jurídica buscada pela sociedade, mormente quando se acredita que é função do julgador demonstrar e esclarecer as dúvidas ou incertezas que se contrapõem em interesses legítimos.

O que se discute no âmbito deste trabalho é até que ponto a prova científica de DNA deve ser basilar para o convencimento do magistrado nas demandas investigatórias e, mais ainda, se a sua ausência permite que se utilizem provas pré-constituídas para a determinação do vínculo genético.

Assim, primeiramente, será necessário compreender o que é a paternidade, qual a sua concepção jurídica e como a investigação da filiação está ligada à ação civil em que se busca o reconhecimento do elo biológico entre os indivíduos.

Para que possa chegar a esse cume, a prova de DNA ganhou status fundamental e a sua interpretação e função no processo de investigação precisa estar delimitada, claramente, para que não ocorra desvirtuamento de finalidade.

Caminha este ensaio para dentro deste aspecto: a determinação da prova científica do DNA. Nesse ponto, esclarece o que seja o exame, quando deve ser utilizado, qual a valorização desse meio de prova, a sua legalidade e consequência na investigação da real paternidade.

Nesta pesquisa, portanto, evidenciam-se as consequências negativas da valoração da

³ DNA, pela definição estabelecida pelo art. 3º, II da Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 é o “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”.

⁴ “A subdivisão da verdade em ‘formal/processual’ e ‘real’ e não faz sentido, pois é impossível encontrar verdades absolutas tanto dentro quanto fora do processo. Nem sequer as ciências encontram verdades absolutas (excluindo-se aí a religião e a metafísica); elas tratam de verdades relativas obtidas através de um conjunto de informações pesquisadas, baseadas em ideias críveis” (informação verbal). Palestra proferida por Michele Taruffo na IV Jornadas de Processo Civil: homenagem ao Professor Nicola Picardi, Porto Alegre, 30 nov. 2010.

prova do exame de DNA e, aqui, destacam-se a comercialização dos exames de DNA entre particulares e como esse procedimento pode levar à descrença da prova científica no processo. Questiona-se a legalidade dessa prática e busca-se demonstrar as consequências da sua utilização no mundo jurídico.

Por fim, tecem-se considerações acerca do tema, como a demonstração dos benefícios da utilização da prova científica do DNA, as cautelas que são necessárias nessa prática e a necessidade de o julgador estar cercado de cuidados legais para que a prova, que poderia determinar a verdade, não se transforme numa falsa verdade, visto que a má manipulação dessa prova pode gerar consequências negativas ao processo investigatório.

Ressalte-se que tais objetivos serão calcados nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, demonstrando que a problemática da utilização do meio de prova científico, denominado DNA, permeia tanto o ordenamento jurídico pátrio como o alienígena.

2 A PATERNIDADE

A ascendência biológica sempre teve a sua importância na sociedade, ganhando maior relevância nos tempos modernos, através da regulamentação jurídica do conhecimento da origem genética através da ação de investigação de paternidade. Neste caminho evolutivo, a descoberta da paternidade biológica permeou diversos planos, partindo de simples presunções da sua existência até às mais modernas técnicas científicas que contribuem para a determinação precisa da ascendência.

Assim, o nascimento, que é um dos o eventos biológicos mais envoltos de sentimento com que o ser humano se depara, passou a ter nesta concepção uma realidade de menos sentimento e mais razão científica, afinal, a engenharia genética tornou possível o desvenda da paternidade através de procedimentos puramente técnicos.

Dentro dessa perspectiva, a paternidade ganha notoriedade no mundo jurídico, não por sua acepção sentimental, mas sim por envolver questões parentais legais. A sua existência interliga-se com vários aspectos relevantes, dando-se ênfase à descoberta da real paternidade biológica de um filho – quando esta não ocorre espontaneamente. Pode ser que em tempos remotos não se desse a importância jurídica ou não se demonstrasse a complexidade da questão da paternidade, mas não há como negar que os mistérios que permeiam a descendência e a descoberta da origem genética dos indivíduos sempre foram temas que instigaram os estudiosos de áreas médicas e jurídicas⁵.

⁵ “A ação de investigação da paternidade tem um longa história e, quer pelo seu significado em termos sociais, quer pelas transformações que foi sofrendo, é um dos institutos mais interessantes do direito de família”.

Nesse prisma, determinar a paternidade biológica – aquela que se funda na relação sanguínea e natural existente entre pais e filhos e cuja origem decorre da junção de um óvulo com um espermatozoide – é passo fundamental e que merece proteção jurídica, inclusive entendida como direito de personalidade (SÁ, 2009, p.183). Nas lições de Maria Cláudia Crespo Brauner:

(...) toda pessoa, menor ou maior, tem o direito de ter sua filiação identificada e formalizada, considerando-se que o estabelecimento da filiação passa a ser uma necessidade, e a paternidade, um direito de cada criança, adolescente ou adulto. Essa última é, portanto, um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível como preceitua o artigo 27, do referido Estatuto da Criança e do Adolescente (2003, p. 198).

A paternidade, na concepção jurídica, traz um arcabouço de aspectos, posto que a sua determinação tem reflexos no direito de família, sucessório e obrigacional. Mas a sua descoberta sofreu enorme transformação nas últimas décadas. A relação íntima dos genitores, sendo algo extremamente particular, dificilmente dispunha de provas testemunhais e documentais de sua existência – e, por isso, estava baseada em meras hipóteses do relacionamento íntimo entre os genitores. Nesse sentido,

A determinação da paternidade, ou, mais precisamente, a descoberta de quem é o sujeito que forneceu o espermatozoide que se introduziu no óvulo, sempre foi considerada impossível de precisar, representando um fenômeno íntimo, oculto, estacionado na zona impenetrável do desconhecido (VELOSO, 2002, p. 379).

Com a modernização e evolução das ciências médicas e laboratoriais, mais precisamente com o advento do DNA, tornou-se plenamente possível determinar a origem biológica do indivíduo. Os dados genéticos possuem a capacidade de identificar pessoas, revelar futuras enfermidades e fornecer informações genéticas sobre parentesco, uma vez que englobam quaisquer informações genéticas (SÁ, 2009, p. 185). É, pois, através da análise do ácido desoxirribonucleico que se averigua a possibilidade de haver vinculação biológica entre os envolvidos, eis que “os dados genéticos humanos compõem a complexa estrutura de identificação de um indivíduo, apresentando informações a partir da análise do seu DNA” (2009, p. 186).

A paternidade desconhecida – aquela em que o suposto pai não vem perante o Estado/sociedade reconhecer a filiação – é um fenômeno relativamente comum em nossa sociedade, mas que vem sendo reduzido paulatinamente com a inserção das ciências biológicas no processo.

É claro que em demandas deste gênero transita-se pela vida íntima dos indivíduos envolvidos. Primeiramente, na dos genitores, posto que a mãe necessita demonstrar a sua intimidade para afirmar que houve relação sexual com o suposto pai e, na maioria das vezes, esses relacionamentos não são oriundos de um casamento ou união estável – o que, mesmo nos dias atuais, é devastar a sua intimidade. O indigitado pai, por sua vez, expõe sua vida íntima para negar o envolvimento amoroso com a mãe do investigando. Por fim, o próprio autor da ação, o filho, que passa pelo constrangimento de ter que requer ao Estado que lhe outorgue a paternidade pretendida, mas que é negada pelo suposto progenitor.

Destarte, a concepção da paternidade sai do âmbito exclusivo do entendimento de família – sendo essa tradicionalmente formada por pai, mãe e filhos – e passa a ser encarada na sua aceção puramente biológica. Ou seja, quem passou a determinar a origem genética para fins da ação de investigação de paternidade foi, em última análise, a tecnologia.

É nesse escopo que a paternidade, cujo reconhecimento judicial é deveras importante, passa a se metamorfosear, isto é, de um momento encantador – o nascimento – passa a ser vista como o encadeamento de moléculas capazes, única e exclusivamente, de determinar um nome, um direito sucessório, uma filiação, dentre outros direitos. Dá-se ênfase, assim, ao frio entendimento de que a técnica científica deve suplantar a relação pessoal – sem, contudo, olvidar da possível relação socioafetiva travada entre os envolvidos, a qual parece prevalecer sobre vínculos genéticos ou presumidos:

Cresce o movimento para emprestar maior importância ao critério socioafetivo, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade que a constitui. [...] Comprovada a posse de estado de filho, ou melhor, o estado de filho socioafetivo, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, construída ao longo do tempo (DIAS, 2007, p. 346).

Em não havendo filiação afetiva, a verdade biológica merece atenção. Daí a importância dos avanços da engenharia genética no desvendar dos vínculos de filiação por meio dos marcadores genéticos do DNA. A partir do momento em que um teste científico foi capaz de desvendar, com um índice próximo a certeza, acerca da existência ou inexistência de relação genética entre duas ou mais pessoas, as partes ganharam, também, uma ferramenta nova para provar o alegado nas lides investigatórias – e é justamente por isso que a prova processual nessas demandas passou por uma profunda modificação nos últimos tempos.

3 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O reconhecimento da paternidade, para aqueles que não a tiveram por livre e espontânea vontade do seu genitor, é possibilitada desde os tempos romanos⁶. Chegou aos tempos modernos, evoluindo quanto às restrições no tocante à capacidade e ao objeto⁷, culminando, na atualidade, na livre investigação da sua origem e reconhecimento jurídico da relação de parentesco, inclusive isenta de qualquer ato discriminatório.

A evolução patente das ações de investigação de paternidade se torna ainda mais evidente quando se pensa nos meios de prova capazes de provar a filiação. Neste diapasão, “a evolução científica veio revolucionar o reconhecimento da relação parental através de técnicas sofisticadas e métodos cada vez mais seguros de identificação dos indicadores genéticos, tornando-os meios probatórios por excelência” (DIAS, 2007, p. 367).

Não obstante as inúmeras vantagens que a prova de DNA trouxe ao processo, há dificuldades que impedem, muitas vezes, a sua realização. Primeiramente, destaca-se que embora as partes processuais devam colaborar com a justiça (arts. 14, I e 339 do CPC) e proceder com lealdade e boa-fé (arts. 14, II; 16 a 18 do CPC), “não se reconhece ao juiz o poder de coagir a parte ou terceiro a expor seu corpo, ou sua pessoa, à devassa de perícias médicas” (THEODORO JÚNIOR, 2006). Sendo assim, sob a alegação de ofensa à integridade física e psíquica (art. 5º, X, CF – intangibilidade do corpo humano), inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo (art. 8º, n. 2, alínea ‘g’ do Pacto de San José da Costa Rica), falta de disposição legal que imponha o dever de realizar o exame (art. 5º, II, da CF – Princípio da Legalidade) e proibição de utilização de provas obtidas ilicitamente (art. 332 do CPC) os investigados se escusam da realização dos testes sanguíneos – e não há como vencer a tal resistência coativamente.

Depois de larga discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da suposta colisão de direitos de personalidade travada entre pai e filho, assentou-se o entendimento que é através de uma ponderação das normas presentes no caso concreto⁸ e de uma avaliação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos que se verificará a quem assiste razão, pois nada além do razoável e do proporcional deverá ser levado a cabo no processo. Como diziam os romanos: “*est modus in rebus*” – há um limite entre todas as coisas.

Por isso, diz-se que:

Tanto a identidade genética quanto a intimidade e intangibilidade do corpo humano são componentes da dignidade da pessoa humana, de modo que a dignidade do

⁶ “A investigação de paternidade foi admitida no direito romano tardio, e era entendido com grande largueza pelo direito canônico que a estendia mesmo aos filhos adulterinos e aos incestuosos” (OLIVEIRA, 2003, p. 97).

⁷ Como, por exemplo, em época remota no direito Francês (Cfr. OLIVEIRA, 2003).

⁸ Proporcionalidade enquanto técnica de solução de conflitos normativos (ponderação de interesses).

investigado e a dignidade do investigante estão em confronto. Impossível atender um sem o sacrifício do outro (SÁ, 2009, p.201).

Na prática, o que se tem verificado é a prevalência do direito do filho em ter a sua origem biológica desvendada, eis que nada mais inquietante do que pertencer a uma árvore genealógica em que faltam elementos. Entende o sistema jurídico atual que, nesse conflito de direitos, deve prevalecer a verdade real – sendo essa prerrogativa abarcada tanto pelo direito pátrio como pelo português.

Pode-se afirmar que se foi o tempo em que a paternidade (e sua investigação) era considerada um “fato oculto e incerto” ou decorrente de provas rigorosas baseadas em indícios de relacionamento entre os genitores. Tal premissa era, assim, o ponto controverso na lide, determinando que a demonstração da convivência na época da concepção era o fator determinante para o reconhecimento da paternidade – sem, contudo, observar a origem genética propriamente dita. Veja-se, por exemplo, o que leciona Guilherme de Oliveira sobre a questão:

Durante séculos, as ações de investigação de paternidade baseavam-se na alegação e na prova da coabitação entre a mãe do investigante e o réu, e na exclusividade dessa coabitação. A determinação da paternidade era obtida por um meio ‘indireto’ – se a mãe do investigante tinha coabitado com o réu, e só com ele, o réu era forçosamente o progenitor (OLIVEIRA, 2006).

Os julgadores das demandas investigatórias do passado não calcavam o seu raciocínio em provas científicas capazes de demonstrar, com elevados graus probabilidade, se havia ou não relação de parentesco entre investigante e investigado. Ações desse gênero baseavam-se em testemunhas, em indícios, em vestígios de uma possível relação, em documentos, enfim, em provas que não ofereciam certeza daquilo que afirmavam.

Nesse sentido, defende Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “é quase unanime a opinião de que este fundamento importava não pelo seu valor de prova do vínculo biológico, mas pelo seu valor presuntivo da paternidade” (2006, p. 207).

Tratava-se, pois, de uma atividade deveras complexa. Decidir sobre os vínculos biológicos de duas ou mais pessoas, aliás, é uma tarefa de altíssima responsabilidade, pois da mesma forma que pode afastar, em definitivo, os sujeitos envolvidos no processo; pode aproximar pessoas sem qualquer vínculo genético.

Com a evolução das ciências biológicas e do próprio direito de família, tornou-se premente a necessidade de uma maior aproximação com a verdade real da filiação. A prova da paternidade não poderia permanecer calcada em meros indícios que acarretassem a presunção

do estado de filho. Deveria, isto sim, levar à realidade dos fatos.

Passou-se a entender a realidade da prova genética, então, como necessária ao deslinde da investigação da paternidade. E esta deveria ser observada mesmo que, para tanto, se reduzisse a proteção sobre os direitos do indigitado pai. Em outros termos, tem-se por correta a corrente que leciona que ainda que se pudesse considerar que a extração do material genético originasse algum tipo de sofrimento corporal (mínimo), a busca da verdade em relação à paternidade é valor que se sobrepõe ao direito que se tem à inviolabilidade do corpo. Logo, a negativa do réu em colaborar com a busca da verdade deve ser sancionada com a presunção *juris tantum* da paternidade ou, como em alguns países europeus – como é o caso de Portugal, Espanha e Itália – na inversão do ônus probatório da demanda.

O direito evolui para uma nova acepção do que deve proteger quando o que está em questão é o direito de filiação. Sai do âmbito confortável de esconder-se sob o manto da colisão de direitos do pai e do filho e passa a entender que deve prevalecer a busca pela justiça no caso concreto ou, de forma ainda mais otimista, pela verdade.

Foi assim que a investigação de paternidade deu um salto na sua acepção e passou a ser enfrentada, pelo ordenamento jurídico, de forma mais clara. Os tribunais, cada vez mais, buscam a identificação do real genitor biológico para reconhecer a filiação. Para tanto, a legislação possibilita as formas dessa busca pela origem.

O Código Civil Brasileiro, nos seus artigos 1.607 e seguintes, alberga a proteção ao reconhecimento da paternidade; o Código Civil Português, por sua vez, regulamenta a matéria em seu art. 1.869⁹. Em ambos os casos, o autor da demanda passa pela necessária produção da prova dessa paternidade.

Possibilitou o ordenamento jurídico português a forma de presumir a paternidade e elenca, no artigo 1871º do CC/PT, quais são os casos que possibilitam o reconhecimento dessa paternidade, tema que será objeto, em específico, de análise posterior.

Tais pressupostos da legislação portuguesa foram calcando as decisões emitidas, gerando vínculos familiares, mesmo que, por vezes, a verdade real ocorrida não fosse a demonstrada nos autos, pois o elenco referido versa sobre indícios da relação entre os genitores e a consequente filiação, e não, necessariamente, da origem genética do filho.

Destarte, ainda restava necessário determinar, cristalinamente, a filiação – e o que determina o vínculo familiar. Por consequência lógica, o reconhecimento da paternidade está,

⁹ Artigo 1869º - investigação da paternidade – a paternidade pode ser reconhecida em ação especialmente intentada pelo filho se a maternidade já se achar estabelecida ou for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra.

diretamente, ligado à prova colecionada na ação intentada.

4 PROVA

As pretensões resistidas dos sujeitos processuais deverão ser analisadas pelo magistrado, em minúcia, para que haja a prolação de uma decisão jurisdicional adequada. A adequação, aliás, deve-se ao fato de que a busca pela justiça acarreta a necessidade de embasar a manifestação do Estado/Juiz em demonstrações de veracidade ou autenticidade dos fatos.

Quando entram em conflito os interesses e se busca a resposta através de um pronunciamento jurisdicional, investiga-se quem traz a verdade. Prova, em uma definição clássica, é aquilo “que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente” (MARINONI, 2009, p. 251).

Como bem assinala o ilustre jurista português Rui Rangel, “toda a investigação processual resulta de uma atividade de confirmação de um conjunto de fatos afirmados previamente em juízo sobre acontecimentos relevantes; e, como finalidade última, destina-se à demonstração da verdade dos fatos” (1998, p. 27).

Sendo assim, para criar no espírito do julgador um estado de convicção acerca de determinadas questões, às partes incumbe o dever demonstrar a existência ou inexistência dos fatos que constituem os pressupostos da norma que lhe é favorável (art. 333 do CPC)¹⁰ – e, por consequência, um pronunciamento sentencial nesse mesmo sentido. Para tanto, “também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstituição dos fatos a ele narrados aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo” (MARINONI, 2009, p. 252).

A verdade apresentada nos autos processuais busca a reconstituição de fatos já ocorridos e que, infelizmente, não podem ser mais repetidos. Por isso, a prova tem a finalidade de demonstrar como foi o fato que determina o direito ora pleiteado.

Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável (GRECO, 2003-2004, p.213-214).

Baseado nessas premissas, a busca pela prova ideal vai desde indícios do fato ocorrido até a mais precisa técnica científica existente no momento social.

¹⁰ Em situações excepcionais pode ser necessário que se prove o direito alegado. É o caso dos arts. 337 do CPC.

Ninguém dúvida de que a função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema em diversos códigos (MARINONI, 2009, p. 252).

Sabe-se que a ação de investigação de paternidade possibilita a busca da verdade, seja por meio de presunção, seja pela possibilidade de utilização de todos os meios de provas em direito admitidas. Nesse diapasão, discute-se a utilização de qualquer forma para provar o estado de filiação. A celeuma refere-se a como o julgador deve recepcionar os meios de prova, bem como a sua valoração no âmbito processual.

Se a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida, porque dela todos fazem uso cotidiano como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes, o seu grau de exigência deve acompanhar as imposições dessa mesma realidade. Assim, quando esses fatos podem ameaçar a existência ou a eficácia de direitos subjetivos de tal relevância que o direito substancial considera indisponíveis pelo próprio titular, a sua prova deve estar acima de qualquer suspeita (GRECO, 2003-2004, p. 216).

Isso significa que o magistrado deve apreciar e recepcionar a prova consoante à possibilidade jurídica da mesma, observando o rigor necessário na sua produção.

É o que observa Giovanni Verde, ao ponderar que, no processo, a regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas, também, traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio, etc.), ou, ainda, condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso do instrumento público) (citado por MARINONI, 2009, p. 257).

Dessa sorte, a prova colacionada da qual provém as decisões judiciais deve estar calcada na legalidade da sua existência e na busca da verdade pelo magistrado, mesmo sendo esta uma acepção, por vezes, utópica na reconstituição dos fatos da lide.

5 PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Na relação jurídico-processual as partes têm a incumbência de provar o que alegam em juízo, de modo que toda e qualquer lacuna não preenchida será interpretada contra aquele a quem o fato aproveita (art. 516.º CPC/PT) – e é exatamente por isso que os sujeitos processuais esmeram-se no afastamento das incertezas ao longo do trâmite processual.

Nas ações investigatórias de paternidade não se é diferente. Nessas demandas, as quais permeiam a vida íntima dos litigantes, a busca precípua dos sujeitos recai sobre a verdade da

filiação perquirida. Ocorre que nem sempre é possível dispor de provas científicas dos elos biológicos entre pais e filhos e daí que advém a utilização das provas por presunção no âmbito processual.

O Código Civil Português possibilita presumir a paternidade em seu artigo 1871^{o11}. Tal presunção é oriunda de fatos secundários, os quais levam a indícios da possível relação entre os genitores. Como se percebe, a legislação portuguesa traz fatores determinantes de presunção, mas que são secundários, pois não demonstram, na realidade, a origem genética do filho – que só é possível na determinação da filiação por marcadores genéticos de DNA.

Para os motivos do artigo mencionado, basta a comprovação de alguma das hipóteses previstas na lei para que se determine a filiação jurídica por presunção. E não se trata de uma tarefa fácil, na medida em que cabe ao autor provar a existência dessas hipóteses, visto que, *a priori*, a determinação do ônus probatório da constituição de direito cabe àquele que alega (art. 342º, n. 1 do CC/PT¹²).

Não conseguindo arcar com a responsabilidade de provar determinado fato ou afirmação, surge a possibilidade de inversão do ônus probatório, regra processual que visa a iluminar o juiz que, ao deparar-se com o fim do procedimento, não se acha convencido sobre determinadas questões.

Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos (MARINONI, 2009, p. 267).

Nas ações de investigação de paternidade a questão do ônus da prova é ainda mais dificultada, já que o ato constitutivo do direito do autor encontra-se arraigado na esfera íntima de seus genitores. É por isso que essas ações investigatórias:

[...] não obedecem à distribuição dos encargos probatórios feita pelo art. 333 do CPC. Nem sempre é possível impor ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito (CPC 333 I), delegando-se ao demandado a também impossível

¹¹ Art. 1.871º (Presunção) 1. A paternidade presume-se: a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público; b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a sua paternidade; c) Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai; d) Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade; e) Quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção. 2. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado.

¹² Art. 342º (Ônus da prova) 1. Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado na inicial (CPC 333 II). Ora, se é difícil provar a ocorrência da relação sexual, é quase impossível evidenciar que ela não existiu (DIAS, 2007, p. 365).

Sendo-lhe impossibilitada a prova direta da relação sexual entre seus pais biológicos, ao investigando restaria, tão-somente, esperar pelo improvável reconhecimento espontâneo da paternidade pelo indigitado pai. Para evitar situações como essa é que se vem entendendo pela possibilidade de inversão do ônus da prova, pois cabe ao investigado realizar a prova diabólica da sua não-paternidade (344° CC/PT; art. 231 e 232, CC/BR).

No direito brasileiro, a presunção da paternidade advém da legislação ordinária e previsão sumular¹³. O art. 2º-A da Lei n.º 8.560/92 prevê a admissibilidade de todos os meios legais e moralmente legítimos para provar os vínculos biológicos entre os envolvidos, mas considera que a recusa do réu ao exame de DNA acarreta a presunção relativa de paternidade – que pode ser elidida a depender do contexto probatório existente no processo.

Pode-se perceber, em vista do exposto, que se por um lado o progresso científico possibilitou conquistas que merecem ser comemoradas – tanto no meio extra quanto no intraprocessual –, por outro trouxe ao direito processual civil problemas antes inexistentes. Note-se, por fim, que se em tempos passados a prova da paternidade se dava única e exclusivamente por meios indiretos – e, por isso mesmo, frágeis – da relação íntima dos genitores, nos tempos atuais é perfeitamente possível demonstrar esse elo genético de forma mais precisa¹⁴. É por isso que a prova científica passou a ter uma importância cabal nas sentenças em ação de investigação de paternidade¹⁵.

6 A PROVA CIENTÍFICA DO DNA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O conhecimento e a leitura do DNA possibilitaram a maior certeza do grau de parentesco entre duas ou mais pessoas. Com a sua análise, é possível determinar, com 99,99%

¹³ Súmula 301, STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

¹⁴ Neste diapasão Leonardo Greco afirma: “O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam (2003-2004, p. 239).

¹⁵ Poucos anos depois de o Assento entrar na vida do foro, desenvolveram-se muitos exames de sangue e as suas capacidades de excluir, e até de afirmar, a paternidade biológica. Esses progressos trouxeram uma novidade importante às ações de investigação (COELHO, F. P. e OLIVEIRA, G., 2006, p. 218)

de certeza, a filiação de um indivíduo¹⁶ – e é justamente por isso que se diz que é dado ao julgador conhecer a verdade real da filiação biológica.

Nesse entendimento, o exame de DNA¹⁷ passou a sustentar a busca da verdade através da sua utilização como meio probante, posto que “na concepção material a função da prova é a demonstração da existência de um fato ou da verdade de uma afirmação” (GRECO, 2003-2004, p. 231).

Na investigação de paternidade, a sua utilização, quase sempre requerida pelo autor, é calcada na busca da reconstituição do momento da concepção.

Para concretizar o ideal da descoberta da verdade objetiva, que não pode ser apenas uma utopia, impõe-se ao jurista debruçar-se com alguma atenção sobre a questão epistemológica da verdade, não a verdade metafísica dos conceitos abstratos ou da fé, mas a verdade acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que o ser humano vive e age. Essa verdade, em grande parte, é objeto do conhecimento alcançado em outras ciências, como a biologia, a física, a química e tantas outras especialidades (GRECO, 2003-2004, p. 240).

A engenharia genética possibilitou ao julgador, como se vê, um meio de prova legítimo e altamente eficaz. A possibilidade de utilização desse meio de prova está baseada no artigo 1.801º CC/PT, que aduz que, nas ações relativas à filiação, são admitidos os exames de sangue ou qualquer outro método cientificamente comprovado. No ordenamento jurídico brasileiro é possibilitada, basicamente, pelo art. 2º-A da Lei nº 8.560/92.

Conforme salientado pela professora Maria Celina Bodin de Moraes,

[...] a importância desta descoberta teve efeitos imediatos e retumbantes, no que se refere à investigação de paternidade, por duas ordens de razões: a confiabilidade dos resultados e a relativa simplicidade do exame [...] à confiabilidade do DNA a que permite atingir um grau não inferior a 99,98% de certeza, tanto de determinação quanto na exclusão da paternidade, quando todos os cruzamentos de sequência são devidamente testados [...] com adicional vantagem, há a simplicidade do exame que pode ser feito a partir de praticamente qualquer tecido do corpo, pois todas as células possuem um mesmo núcleo de DNA (MARTINS NETO, 2004, p. 590).

Os sujeitos processuais passam a ter o argumento necessário para montar o quebra

¹⁶ Tradicionalmente, a comprovação de que existia um vínculo biológico de descendência entre o réu e o filho – que é o facto fundamental, nesta acção – só se conseguia através da prova de certos outros factos instrumentais, que permitiam acreditar o facto principal (...) abreviando, os factos instrumentais eram a coabitação e a exclusividade (COELHO, F. P. e OLIVEIRA, G., 2006, p. 217)

¹⁷ O exame de DNA, espécie de prova pericial, feito a partir da molécula que contém o código genético determinante da herança cromossômica de cada indivíduo, denominada ácido desoxirribonucleico, é sem dúvida, uma das maiores descobertas científicas, sendo aplicada tanto na área cível, para a determinação da paternidade, como na área criminal, como método de identificação da autoria e, ainda, na prevenção de doenças. (MARTINS NETO, 2004, p. 589).

cabeça da investigação da paternidade¹⁸. Tanto é assim que todos os argumentos das partes podem ser elididos pelo resultado dessa prova científica. Mas esse tipo de prova pode passar, como já se assinalou, por vários problemas – a começar pela recusa do genitor em realizar o exame de DNA.

Como a produção da prova da paternidade é a constituição de direito, cabe, *initio litis*, ao autor produzir a prova da paternidade perquirida. Porém, para que a produção da prova científica do DNA possa se realizar, o suposto pai deve estar disposto à realização desse exame, nomeadamente, porque, sem a coleta do seu material genético, impossibilitada resta a feitura da análise. Consequentemente, o resultado não pode ser transposto ao processo para auxiliar no desvenda da verdade e conclusão sentencial da demanda posta.

A recusa é ato frequente na investigação de paternidade e, por este ato, passa o réu a obstaculizar o exercício do direito do autor de ter o conhecimento de sua origem genética e filiação. Nesse entendimento, há corrente que defenda a inversão do ônus da prova após a recusa do réu em participar do exame¹⁹.

Essa inversão é necessária, pois passa a ser uma arma para que o Autor tenha maior proteção do seu direito de filiação.

Em todos os tempos, a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade (GRECO, 2004, p. 233).

Se o réu tenta impedir o conhecimento da verdade que deverá ser trazida pela prova científica do exame de DNA, deverá arcar com o ônus dessa barreira.

Entende-se que deve haver respeito pelo direito pessoal do réu, de sua intimidade e integridade física, mas essa não deve prevalecer se confrontado com o direito do autor de conhecer a sua origem e determinar a filiação. Saliente-se que a paternidade já lhe fora negada anteriormente e que, em muitos casos, o indigitado pai já tem conhecimento e convicção de que é o verdadeiro genitor daquele investigando mesmo antes da propositura da demanda

¹⁸ A aquisição das provas pelo juiz dá-se através de sucessivos episódios, que denomina de estados epistêmicos, que vão gerando fluxos de conhecimento, ora conduzindo o julgador a acreditar na ocorrência de certos fatos, ora transportando-o em contrária direção, para no final se apresentarem como peças de um verdadeiro quebra-cabeças, que precisam ser conciliadas numa reconstrução verossímil (GRECO, 2004, p. 236).

¹⁹ Neste sentido o ilustre professo Guilherme de Oliveira defende que haverá dificuldade com qualquer falta aos exames científicos, que comprometa a realização da prova pericial. Se isto acontecer, o único facto alegado não se poderá provar, e a acção não pode proceder. Dir-se-á que, se a falta for do réu inviabilizando a prova poderia justificar a aplicação do regime previsto no art. 344º, n.º 2 CC/PT (COELHO, F. P. e OLIVEIRA, G., 2006, p. 221).

investigatória. No entanto, por motivos vários, há aqueles que, mesmo assim, ainda negam a paternidade e ratificam este comportamento consciente quando se opõem ao exame, demonstrando, claramente, a ciência do estado parental.

Nesse sentido, a jurisprudência portuguesa²⁰ também tem entendido que a negatória de fazer o exame nada mais é do que uma forma do pai, “implicitamente”²¹, reconhecer a paternidade.

Faço sentir que neste confronto de direitos e interesses, que a normação ordinária pertinente não se afiguraria arbitrária ou gratuita caso se entendesse ilimitado o direito do Réu à sua integridade física, tendo muito especialmente em conta, por um lado, o objetivo da norma que admitiu o exame de sangue como meio probatório na ação de investigação de paternidade e os efeitos, em sede probatória, da recusa em efetua-lo e, por outro, o grau mínimo de ofensa corporal em que se traduz esse mesmo exame (COIMBRA, 2002).

O exame de DNA, aliás, passa por uma simplicidade tamanha que em nada ofende a integridade física do suposto pai, pois, esclarecido e informado, poderá retirar apenas uma amostra da sua saliva, suor, sangue, sêmen, urina ou um simples fio de cabelo com bulbo capilar, pois esses materiais são amostras capazes de serem utilizadas para elaboração do referido exame.

Caminhando nesta direção, o ordenamento jurídico luso-brasileiro acaba por encontrar soluções alternativas para dirimir o conflito travado entre pais e filhos nas demandas investigatórias. Como já se salientou, a negativa injustificada ao exame de DNA por parte do suposto pai acarreta, no Brasil, a presunção *iuris tantum* de paternidade; em Portugal, a inversão do ônus probatório da demanda.

A negativa passou a ser considerada uma forma de presunção de paternidade invocada, pois se o indigitado não era o pai do autor não existiria motivo para temer qualquer tipo de exame, o que permitia concluir que sua intenção era esconder a verdade, já que as regras de experiência apontam que o exame técnico, principalmente o DNA, só favorece quem verdadeiramente não é pai natural (MARTINS NETO, 2004, p. 593).

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 562/2002: [...] Aqui chegados, resta-nos, pois, a presunção de paternidade daquele (o Apelante) que teve relações sexuais com a mãe do A. no período legal de concepção. A uma presunção equivalente chegaríamos, aliás, relativamente ao R., se nos ativésemos, tão só, à recusa (ilegítima) deste a sujeitar-se aos exames (por aplicação conjugada dos artigos 519º, n 2 e 344º, nº 2, respectivamente do CPC/PT e do CC/PT). Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf?OpenDatabase>> Acesso em 5 jan. 2009.

²¹ Segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis, inicialmente os juízes consideravam a recusa em fornecer o material para exame de DNA como uma confissão de paternidade, sob o argumento de que a parte que se opõe furta-se a um resultado desfavorável, o que equivale a confessar implicitamente. (MARTINS NETO, 2004, p. 593).

O DNA marca uma nova visão sobre a investigação de paternidade, possibilitando a derrogação da determinação da paternidade apenas sob a óptica de indício, isto é, provas secundárias, e nos conduz a uma determinação calcada na verdade real, que, antes, parecia tão distante ou impossível de ser alcançada pelo processo.

Observa-se que não há a obrigatoriedade desta prova na investigação, mas se ela for evocada pelas partes deve ser observada e valorada na sua melhor aceção, pois são os sistemas de valoração da prova que permitirão ao julgador a formação de um juízo de valor sobre o objeto da prova, formando assim seu convencimento acerca do fato probandi (MARTINS NETO, 2004, p. 587).

Considerando que a prova genética pode conduzir à reconstrução do fato gerador da filiação, poderá, outrossim, acarretar uma melhoria na prestação jurisdicional.

7 DA POSSIBILIDADE DA ELABORAÇÃO DO EXAME DE DNA ENTRE PARTICULARES

A importância da prova científica do DNA na ação de investigação de paternidade ganhou tanta repercussão, que passou a despertar atenção de setores extraprocessuais, com o intuito de “facilitar” a produção dessa prova. De laboratórios de análises químicas ao mercado comercial, existem amplas opções para realizar o exame genético. Em alguns países da Europa, aliás, existem “kits” para a coleta e feitura do teste de DNA de forma particular²².

A existência dessa nova indústria trouxe alguns questionamentos sobre prova em questão, a qual ganha força na demanda investigatória. Isso porque surge a possibilidade de o exame de DNA chegar ao processo “pronto e acabado” – deixando de ter a característica de prova pericial e passando a ser uma prova puramente documental.

Primeiramente, questiona-se como deve ser feita essa prova, mais precisamente, qual é o procedimento correto para a coleta dessa prova científica.

No ordenamento jurídico português, a realização do exame de DNA deve ocorrer dentro do processo de investigação de paternidade, sendo sempre feita por entidade oficial, qual seja o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML). Criado pelo Decreto-Lei nº 96/2001, de 26 de maio, é o órgão encarregado da realização de perícias e exames laboratoriais, de hematologia forense e dos demais vestígios orgânicos a pedido dos tribunais, da Polícia Judiciária, da Polícia de Segurança Pública, da Guarda Nacional Republicana da

²² “Outras áreas sensíveis onde a venda directa ao público de testes genéticos se tem expandido são, por exemplo, os testes de paternidade, testes de ancestralidade ou etnia e a determinação precoce do sexo fetal (por volta das 8 semanas) por análise do sangue materno”. Relatório do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida de Portugal. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/829F50C9-B9AD-4869-BAAD-34E9ED8470F5/0/Relatorio_P056CNE_CV_Vendatestesgeneticos.pdf> Acesso em 30 dez. 2009.

respectiva área e do presidente do conselho diretivo (arts. 2.º, n. 1, alínea “b” e 29.º do Decreto-Lei nº 96/2001). Prestando serviços, inclusive, a entidades privadas²³, o INML atua, em suma, em domínios que envolvam a aplicação de conhecimentos médico-legais, dentre eles os exames de investigação biológica da filiação²⁴.

Trata-se de um órgão vinculado ao Ministério da Justiça português, competindo-lhe a definição da política nacional nas áreas de medicina legal e outras ciências forenses, a prestação de todo o suporte técnico e laboratorial que se fizerem necessários aos tribunais, a gerência e controle da qualidade dos serviços vinculados emitindo diretivas técnico-científicas que promovam a harmonização de metodologias, técnicas e laudos periciais. Compete-lhe, ainda, cuidar da formação, qualificação e avaliação dos recursos humanos afetos à área.

Em outros ordenamentos, como o brasileiro, a prova também deve ser colhida no curso do processo, mas há a possibilidade da coleta e exame do material coletado dar-se em laboratório particular, a ser determinado pelo juiz.

As perguntas que surgem são as seguintes: é possível que as partes recorram, por si só, a laboratório particular para se submeterem a esse tipo de exame? E o resultado encontrado é capaz de ser utilizado como prova em uma ação de investigação de paternidade?

Ora, a realização dos exames por “Kits de DNA” pressupõe a coleta de material dos investigados. O investigando deveria, pois, encontrar alguma forma de coletar o material genético do suposto pai e, ato contínuo, compará-lo com o seu material biológico para, assim, determinar-se a filiação – ao menos essa é a promessa vendida pelos laboratórios que comercializam “Kits de DNA”²⁵. Seria isso possível?

Não restam dúvidas quanto à possibilidade de utilização legal da prova de DNA no processo. Entrementes, o mesmo deverá ser revestido de todos os aspectos jurídicos necessários para a sua recepção nesse âmbito e para que possa surtir o efeito esperado de determinação da paternidade. Em outros termos, “é lógico que o juiz deve fazer uso do

²³ Os exames periciais a título particular são solicitados por escrito mediante requerimento dirigido ao Presidente do INML, I.P. ou aos Diretores das suas Delegações, estando o seu deferimento sujeito a apreciação prévia no plano jurídico.

²⁴ Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. O seu artigo 5.º dispõe sobre as entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de ADN a nível nacional, que são o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o INML, podendo a análise ser realizada por outros laboratórios, desde que cumpram requisitos científicos, técnicos e organizacionais internacionalmente estabelecidos.

²⁵ Segundo o levantamento efectuado pelo Genetics and Public Policy Center (2007), do Berman Institute of Bioethics, Johns Hopkins University, a venda de testes laboratoriais (não apenas genéticos) directamente ao público é permitida em 25 Estados e em Washington, DC, é proibida em 13 Estados e está limitada a testes específicos (por exemplo, teste de gravidez, paternidade, colesterol, glicose) em 12 Estados. Relatório do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida de Portugal. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/829F50C9-B9AD-4869-BAAD-34E9ED8470F5/0/Relatorio_P056CNE_CV_Vendatestesgeneticos.pdf> Acesso em 30 dez. 2009.

conhecimento científico com o mesmo rigor do cientista, certificando-se concretamente da sua confiabilidade” (GRECO, 2004, p. 260).

Nessa seara, entende-se como impossível a realização do teste de DNA de forma particular, ou melhor, mediante a utilização de “Kits” comprados em laboratórios, por exemplo²⁶. Não parece razoável utilizar os resultados obtidos com esta metodologia nas demandas investigatórias, posto que o juiz não dispõe de qualquer dado que ateste a confiabilidade do exame, as condições em que ele foi realizado, a forma como o material genético foi coletado e sua qualidade. Enfim, parece absolutamente temerário, por parte do juiz, utilizar-se de dados tão frágeis e, por isso mesmo, tão arriscados. Noutras palavras,

O ponto mais crítico, porém, diz respeito aos aspectos próprios da prova pericial, aos condicionantes físicos e práticos de sua realização, como a técnica utilizada, o laboratório responsável, o perito que o avaliou. Qualquer mácula em um desses itens pode tornar imprestável a prova técnica produzida (MARTINS NETO, 2004, p. 594).

Essas dúvidas acerca da confiabilidade do exame de DNA poderão “lançar por terra” toda a evolução que o exame genético trouxe à demanda investigatória de paternidade. Diga-se isso porque, não sendo a prova confiável, seria necessário um esforço probatório pelas partes para provarem o que alegam na demanda – estar-se-ia, portanto, retornando à época da prova indiciária (ou secundária) nas ações de investigação.

É evidente que a sociedade tem passado por crescente acesso e evolução das ciências médicas, o que é bom e altamente favorável. Mas também é certo que essa evolução traz consigo questões que precisam ser mais bem analisadas – uma delas é a comercialização de exames de DNA por laboratórios.

Visando a obtenção de lucro, ditos laboratórios nem sequer mensuram as consequências jurídicas desse comércio de exames genéticos. Acabam, muitas vezes, induzindo ao erro e criando falsas esperanças àqueles que utilizam desse serviço. Quem não gostaria de descobrir a sua paternidade em poucos minutos? E quantos desses resultados são verdadeiros?²⁷

²⁶ Um jogo do teste genético do “do-it-yourself” está disponível no Reino Unido e permite que os usuários retirem suas próprias amostras do ADN para o teste da paternidade. Os jogos custam £29.99 cada um e são produzidos por Anglia ADN, uma companhia baseada em Norwich. Os clientes são exigidos afixar amostras de seu ADN à companhia e – com o pagamento de uma taxa adicional de £129 - as amostras serão testadas no laboratório da companhia. Os resultados estão produzidos, então, no prazo de cinco dias - ou dentro de 24 horas se os clientes optar para o cálculo de gastos £329 do serviço expresso. O teste é projetado para confirmar a paternidade de um pai alegado, mas os resultados não estarão embasando disputas da paternidade nas cortes (Tradução nossa). Disponível em: <http://www.bionews.org.uk/page_46770.asp?iruid=1943> Acesso em 30 dez. 2009.

²⁷ Neste mesmo diapasão Genival Veloso: Outro fato que não pode deixar de ser salientado é o da pressão de

Essa realidade põe em questão a possibilidade de o exame de DNA ser utilizado como prova cabal na ação de investigação de paternidade.

A questão de análise começa pela confiabilidade dos exames de DNA elaborados, mesmo no curso do processo, posto que a criação desta "prova absoluta" tem levado muitos cientistas dessa área do conhecimento a rever a metodologia utilizada, sem, com isso, negar a contribuição que o seu bom uso pode trazer – desde que se analisem com a devida cautela os resultados encontrados. É claro que essa batalha não será fácil. Basta levar em conta o número assustador de interesses comerciais que existe em torno dessa tecnologia, aduzida como de resultados irrepreensíveis e irrefutáveis (FRANCA, 2001, p.2).

Todavia, mesmo quando a confiabilidade e a admissibilidade da prova sejam bem estabelecidas, não há garantia de que o teste produzirá resultados confiáveis sempre que for utilizado e, por isso, requer-se cautela em sua apreciação.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de Portugal, emitiu parecer, em Julho de 2008, com o intuito de esclarecer a venda destes aludidos “kits”, bem como a situação jurídica dos mesmos. Nesse relatório, a preocupação maior é no sentido de demonstrar que tal prática é ilegal e o seu resultado não pode ser entendido como prova. Mesmo que os laboratórios informem que só realizam a análise com o consentimento de todos os envolvidos no processo, a prova seria considerada ilegal. De modo contrário, aliás, seria considerado um ilícito, visto que violaria o direito à intimidade e à integridade física dos indivíduos, e, então, não haveria que falar em colisão de direitos, posto que o ato seria eivado de vício de ilegalidade – o que o tornaria nulo, sem o prejuízo das ações por responsabilidade civil.

A preocupação é latente, porquanto a divulgação e venda desses “kits” é feita pela internet e tal ferramenta possibilita que qualquer um, em qualquer lugar do mundo, faça o uso dessa técnica. Acarreta entender que, mesmo com a vedação dessa prática em países como Portugal, por exemplo, é possível que se torne um método utilizado por todos, face a realidade atual de velocidade na disseminação de informações e de produtos nas relações comerciais.

Alerta o relatório do referido Conselho que é preocupante a ausência de legislação específica em matéria de venda livre de testes genéticos, comum a todos os países europeus. De fato, verifica-se que as disposições legais em vigor se situam no âmbito dos princípios consignados na Convenção de Oviedo – convenção para a proteção dos direitos do homem e

certas empresas interessadas nas vendas dos "kits", as quais não se cansam de exaltar a excelência dessa técnica como propostas infalíveis e precisamente exatas. Isso vem criando, entre muitos, a falsa expectativa de alcance quase infinito dessas provas (FRANCA, 2001).

da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina – no que respeita a necessidade de aconselhamento genético²⁸.

O *European Group on Ethics in Science and New Technologies* emitiu a sua declaração com o propósito declarado de “alertar a sociedade civil e os decisores de que a comercialização em massa de testes genéticos levanta problemas éticos, sociais e legais que requerem atenção urgente” (EGE, 2003)²⁹.

Assim que, se tal situação não for enfrentada, acarretará na falta de credibilidade do exame de DNA na investigação de paternidade³⁰. A busca da verdade da investigação de paternidade passa por uma crise com a possibilidade de venda dos “Kits de DNA”. É justamente por isso que se entende necessário regulamentar, de forma clara, a proibição de tal prática nos ordenamentos jurídicos. Aliás, não há como uma prática ilegal ser permitida no processo judicial – e se não for obstaculizada, nesse momento, criará uma aberração jurídica, pois, realmente, estar-se-á diante de uma mácula aos direitos de personalidade de pai e filho.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teste genético de DNA vem, por vezes, indicado como o modelo ideal de prova científica, dado que o seu êxito é normalmente enunciado com um altíssimo grau de probabilidade – tão elevado que se pode considerar como equivalente a certeza prática da (não) identificação do sujeito (CÂMARA, 2006). É por isso que existem autores que afirmam que o advento de tal exame permitiu a substituição da verdade ficta pela verdade real e, da mesma forma, magistrados que julgam apenas com base neste meio de prova.

Todavia, mesmo quando a confiabilidade e a admissibilidade da prova sejam bem estabelecidas, não há garantia de que o teste produzirá resultados confiáveis sempre que for utilizado e, por isso, requer-se cautela em sua apreciação³¹.

A propósito, caso se entendesse que os exames de DNA fossem infalíveis e que expressassem, de fato, a certeza científica, a história de *Andre Chreky* seria muito diferente. O

²⁸ Relatório do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida de Portugal. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/829F50C9-B9AD-4869-BAAD-34E9ED8470F5/0/Relatorio_P056CNE CV_Vendatestesgeneticos.pdf> Acesso em 30 dez. 2009.

²⁹ Relatório do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida de Portugal. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/829F50C9-B9AD-4869-BAAD-34E9ED8470F5/0/Relatorio_P056CNE CV_Vendatestesgeneticos.pdf> Acesso em 30 dez. 2009.

³⁰ Aqui não se está colocando em dúvida a idoneidade do profissional que realizou o exame. O que se discute é a oportunidade que o perito relator do laudo conclusivo não tem de discutir ou recusar um resultado que pode ser duvidoso, por um erro acidental ou involuntário, por uma troca de material, por transcrição indevida ou pela dificuldade de controlar a técnica (FRANCA, 2001).

³¹ Sobre os elementos essenciais que devem constar numa prova de DNA, vide: DOOM, Travis (et. al.). **Evaluating forensic DNA evidence: essential elements of a competent defense review.** Disponível em: <<http://bioforensics.com/articles/champion1/champion1.html>> Acesso em 9 set. 2010.

caso, segundo reportagem do jornal *Washington Post*, põe em xeque os exames genéticos, pois se refere à história de um homem que, na certeza de que não era pai do suposto filho (conforme atestava o exame de DNA), buscou na justiça o reconhecimento de que o resultado do teste a que tinha se submetido era, em verdade, um equívoco (JACKMAN, 2005).

O resultado fornecido pelo laboratório americano *Corp. of America* (ou *LabCorp*) afirmou que a probabilidade de paternidade era de 99,99%. O suposto pai, que tinha namorado a mulher anos antes dela dar luz a um menino, conseguiu demonstrar que citado laboratório realizava mais de cem mil testes de paternidade por ano e que disporia, para tanto, de apenas cinco funcionários para revisar os dados e fazer os testes – com um supervisor atestando, em média, um relatório de paternidade a cada quatro minutos, durante um turno de dez horas diárias – o que, convenhamos, é um completo absurdo. *Chrekly* foi vitorioso na ação e o processo levantou, por conseguinte, sérias dúvidas sobre a confiabilidade dos testes de DNA.

Consoante se denota do caso apresentado, o exame genético está longe de ser infalível. Diga-se de passagem, a falibilidade é inerente a qualquer ciência que seja desenvolvida, analisada e manipulada por seres humanos. Não se pode olvidar, ademais, a hipótese de manipulação fraudulenta do exame por pessoas inescrupulosas ou, então, a tradução malfeita de um exame realizado no exterior (CÂMARA, 2006).

Sendo assim, parece arriscado confiar cegamente na credibilidade dos resultados fornecidos pelos laboratórios e, por conseguinte, julgar uma causa somente com base nos testes genéticos realizados. Apesar disso, inexistente regulamentação que estabeleça quais os padrões a ser seguidos pelos laboratórios brasileiros³², embora tramite na Câmara dos Deputados um projeto de lei que dispõe sobre a regulamentação do exame pericial com base no perfil genético do DNA, para determinação do vínculo genético para fins civis³³.

Certo é que:

[...] estes exames deveriam ser iguais em todos os laboratórios, mas não o são. Um rigoroso certificado de controle de qualidade externa deveria ser exigido, incluindo o treinamento do Diretor Científico do laboratório em instituição ou laboratório credenciados, comprovantes de utilização de reagentes validados internacionalmente, equipamentos e facilidades apropriados e, um cuidadoso registro das amostras de tal forma a saber quando, por quem e de quem as mesmas foram recebidas no laboratório, quem as manipulou durante os exames e o destino final das mesmas após a conclusão. Quando vidas estão em jogo todo cuidado é pouco (JOBIM, 2002).

³² A Sociedade Brasileira de Medicina Legal recomenda que o laudo seja assinado por um doutor em genética que tenha, pelo menos, três anos de experiência na área – mas ninguém está obrigado a seguir essa instrução.

³³ Projeto de Lei nº 1.497/2007 apresentado pela Deputada Federal Maria do Socorro Jô Moraes.

Parece evidente, em vista disso, que a meticulosidade nos cuidados na coleta, observação e interpretação dos dados genéticos não pode decorrer do bom senso dos proprietários de laboratórios; devem, sim, ser impostas por lei aos estabelecimentos laboratoriais.

Justamente por isso, no ano de 1992 o *Conselho Nacional de Pesquisas da Academia Americana de Ciências* chamou a atenção sobre a importância do DNA na investigação do vínculo genético de filiação, recomendando um padrão para a execução dos testes e o aperfeiçoamento de seus métodos.

Entre outros aspectos, disse que as partes envolvidas deveriam concordar quanto ao exame; a metodologia de coleta e a análise das amostras deveriam ser avaliadas em cada caso; a defesa teria o direito de acesso a todos os dados e registros laboratoriais decorrentes dos exames; e os laboratórios privados não poderiam ocultar informações sobre os resultados obtidos e métodos empregados, alegando segredo industrial (FRANCA, 2001).

Nesse sentido, igualmente, o *Scientific Working Group on DNA Analysis Methods (SWGDM)* determinou diretrizes específicas e detalhadas a serem observadas nos exames sanguíneos. Trata-se, em suma, de um grupo de aproximadamente 50 (cinquenta) cientistas que representam os governos e laboratórios forenses de DNA nos Estados Unidos e Canadá, que se preocupam com o controle e garantia de qualidade dos testes genéticos. Atuando sob a orientação do *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, seu objetivo principal é discutir, compartilhar e avaliar os métodos de biologia forense, protocolos, treinamento e pesquisa para melhorar os serviços biologia forense³⁴.

É de se notar, em vista disso, que os laboratórios do mundo têm se atentado para a questão da padronização e controle de qualidade dos exames genéticos, o que, no Brasil, ainda está em uma fase, diga-se, “embrionária”. Para realizar os exames de investigação de vínculo genético, todos os laboratórios deveriam ter certificação válida de proficiência ou atestado de garantia de qualidade expedida por organismos reconhecidos na área de identificação humana – o que, para os otimistas, parece fazer parte de um futuro não muito distante.

A tendência natural é que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleça parâmetros de qualidade para coleta, execução e liberação de exames de DNA. Esta evidência científica,

³⁴ Para maiores detalhes, vide: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Bureau Investigation. Bylaws of the Scientific Working Group on DNA Analysis Methods. **Forensic Science Communications**, v. 5, n. 2, abr. 2003. Disponível em: <<http://www2.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/april2003/swgdambylaws.htm>> Acesso em 25 out. 2010.

que revolucionou muitas ações no campo cível e criminal, está longe de ser a “rainha das provas”, ou, então, uma prova cientificamente firmada e aceita como de valor probante irrefutável. Sendo assim e considerando que a ciência, segundo Federico Stella, “se revela como sendo uma história de erros realizados e superados; [...] como um cemitério de erros” (2001, p. 313), o que o juiz deve fazer, de imediato, para não transitar nesse cemitério? A resposta é relativamente simples. Não há muito que se possa fazer a não ser proceder na análise da prova científica de DNA em consonância com o conjunto probatório existente na demanda, pois, de modo contrário, se estaria transformando o perito em juiz da causa. Como bem leciona Roberto A. Borges Campos:

Impõe-se discordar deste caráter ‘sacro’ atribuído ao exame de DNA. Negar a eficiência probatória do exame de DNA é, no mínimo, irracional. Contudo, creditar ao exame a eficiência de único meio de prova na ação de investigação de paternidade é coisa diametralmente oposta (2004, p. 486).

A prova genética deverá ser apreciada criticamente pelos tribunais levando-se em consideração a análise dos fatos constantes no processo, podendo, inclusive, ser afastada se estiver isolada do restante do acervo probatório. No entanto, a independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão (de rechaçar a prova científica) sejam compatíveis com a realidade dos autos – sob pena de violação do art. 131 do CPC (ARENHART; MARINONI, 2009, p. 348-9).

Por este motivo, há de se concordar com o trecho do acórdão que segue:

O afastamento fundamentado do exame hematológico pelo método do DNA, privilegiando o conjunto probatório amplo, devidamente especificado, não viola os artigos 125, 131, 145, 436 e 458, II, do Código de Processo Civil. Ao juiz é dado apreciar livremente a prova produzida, não sendo o laudo pericial o único elemento de convicção [...]; por outro lado, o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana, não se cuidando da realização de novo exame de confirmação (STJ, 2002).

Corroborar com esse entendimento o art. 436 do CPC, na medida em que afirma que a prova pericial é livremente apreciada pelo julgador, o qual, portanto, não está adstrito ao laudo pericial e pode formar o seu convencimento com outros elementos ou fatos provados nos autos – devendo motivar a sua decisão.

Nesse sentido também leciona Zeno Veloso:

O exame de DNA tem sido realizado como prova única, como prova máxima, maravilhosa (em todos os sentidos do vocábulo) e essencial, aparecendo como panaceia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O

resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola mágica, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sido e não há razão para deixar de acolher a prova genética de DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório (2002, p. 387).

Cumprе mencionar que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema da persuasão racional – insculpido no art. 131 do CPC/BR – que garante ao juiz a livre apreciação da prova, atentando aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos – ainda que não alegados pelas partes – e indicando na sentença os *motivos* que lhe formaram o convencimento. Tão importante é a motivação dos atos decisórios, que a Constituição Federal abraçou tal princípio, conforme se vê no art. 93, inciso IX. Assim, a falta de motivação da sentença acarreta sua nulidade: através dela, verifica-se, de forma conexa, a efetivação de princípios constitucionais – como o da imparcialidade do julgador, da legalidade das decisões, do contraditório e da ampla defesa (GOMES, 2004, p. 486-7).

Como se percebe, a temática do DNA proporciona discussões relevantes ao cenário jurídico atual. E já era de se esperar que assim o fosse, pois tratar da origem genética dos indivíduos, suspeitar da confiabilidade de exames sanguíneos que atestam altos índices de probabilidade, trazer a tona a possibilidade de flexibilizar direitos em detrimento de outros e desconfiar da ciência são temas que, de fato, dão margem a muitas polêmicas. Inegável, no entanto, que a prova científica de DNA, notadamente quando utilizada criteriosamente como fonte da verdade biológica na identificação da progenitura, tornou possível a descoberta da verdade no âmbito processual.

O presente trabalho não tem por finalidade esgotar o tema da utilização da prova científica do DNA na ação de investigação de paternidade, mas sim demonstrar que a sua utilização é capaz de levar à melhor e real determinação da filiação perquirida, e essa é a função do Estado na prestação jurisdicional, ou seja, proporcionar às partes a descoberta da verdade, fazendo com que esta verdade impere na relação jurídica protegida.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 317.809/MG**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma. Brasília, 2 maio 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 14 set. 2010.

BLACKBURN-STARZA, Antony. **Over-the-counter paternity testing goes on sale in the UK**. Bio News, 17 August 2009. Disponível em: <http://www.bionews.org.uk/page_46770.asp?iruid=1943 com> Acesso em: 30 dez. 2009.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”? **Revista Dialética de Direito Processual**, out. 2006. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d52345&groupId=10136> Acesso em 18 jun. 2011.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família**. Volume II- direito de filiação -Tomo I- estabelecimento da filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COIMBRA. Tribunal da Relação. **Processo n.º 562/2002**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf?OpenDatabase>> Acesso em 5 jan. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Paternidade homoparental**. Disponível em: <www.memes.com.br> Acesso em: 29 out. 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007.

FRANCA, Genival Veloso de. O vínculo genético da filiação pelo DNA: Sua aplicação nos tribunais. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, Ano 2, n.5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2002> Acesso em: 03 maio 2012.

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

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 5, n. 5, p. 213-214, 2004.

JACKMAN, Tom. Paternity suit raises doubts about DNA tests. **The Washington Post**, Washington, D.C., 21 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/08/20/AR2005082000998.html>> Acesso em 9 set. 2010.

JOBIM, Luiz Fernando. Testes de DNA. **Jornal Folha de São Paulo**, de 26 fev. 2002. Disponível em: <http://www.dnareference.com.br/front_colunistas.asp?idmateria=7> Acesso em 26 nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme e outro. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. v. 2. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS NETO, Hamilton de Oliveira. A falibilidade do exame de DNA: necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 5, n.5, p. 583-607, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

_____. O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética. **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid** (Derecho y genética: un reto de la sociedad del siglo XXI), Madrid, n. extraordinário, p. 149-161, 2006.

RANGEL, Rui. **A prova e a gravação da audiência no direito processual civil**. Lisboa: Cosmos, 1998.

RELATÓRIO do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida de Portugal. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/829F50C9-B9AD-4869-BAAD-34E9ED8470F5/0/Relatorio_P056CNECV_Vendatestesgeneticos.pdf> Acesso em 30 dez. 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de et al. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STELLA, Federico. **Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime**. Milão: Giuffrè, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n. 1, p. 241-57, out/dez 2006.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.