

Um caso em que a recusa ao exame de dna não presume a paternidade

ZENO VELOSO

EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) Nº 000.173.580-2/01 (NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.580-2/00) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS SEGUNDA CÂMARA CÍVEL REL. P/O AG. DES. ABREU LEITE

EMENTA

Investigação de paternidade. Recusa do investigado em se submeter ao exame científico de DNA. Exceptio plurium concubentium comprovada. Prova de fato desconstitutivo do direito articulado. Improcedência. Em investigação de paternidade a recusa do investigado em se submeter à realização do exame de DNA é um forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nesta recusa, principalmente quando fartamente comprovada nos autos a exceptio plurium concubentium.

VOTO VENCIDO

Investigação de paternidade. Exame de DNA. Submissão. Recusa. Presunção de veracidade. Procedência. Julga-se procedente, por presunção da verdade dos fatos alegados, ação de investigação de paternidade em que o réu, sem justificativa séria, recusa-se a submeter-se ao exame de DNA. A autora, de idade superior a 40 anos, ingressou com ação investigatória de paternidade, alegando que o réu havia mantido relações sexuais com sua mãe, à época da concepção.

O investigado contestou a ação, alegando a exceptio plurium concubentium, arrolando testemunhas para comprovar suas alegações, ficando demonstrado que a mãe da autora residia em uma pensão na zona do meretrício e praticava o sexo como "profissão", recebendo vários homens num só dia, e isto na época em que o réu freqüentou a zona boêmia em que residia a mãe da investigante.

A autora requereu prova pericial - exame de DNA -, comprometendo-se, inclusive, a pagar as despesas. Mas o réu, sem apresentar justificativa razoável, recusou submeter-se ao exame.

O voto-vencedor sustentou que é inegável que a recusa do réu sem justificativa plausível em se submeter ao exame de DNA, na Ação de Investigação de Paternidade, constitui um dos elementos de presunção da veracidade dos fatos articulados no pedido, tratando-se de presunção, todavia, que deve ser aferida juntamente com os demais elementos de prova existentes nos autos e não é o único valor ponderante para se admitir uma paternidade. A autora não conseguiu provar que o investigado manteve relacionamento sexual com a mãe da referida investigante à época da concepção, com caráter de exclusividade, não tendo saído dos limites das alegações contidas no pedido, não se preocupando em produzir qualquer prova, sendo até mesmo de estranhar que ela só tenha ingressado em juízo quando já contava com mais de 40 anos de idade. Por outro lado, do exame que se fez da única prova existente nos autos - e que assim mesmo foi produzida pelo réu -, chega-se à conclusão inarredável de que ficou cabalmente provada a exceptio plurium concubentium. A recusa do réu em se submeter ao exame de DNA não pode contrapor-se à prova existente nos autos, e esta recusa se justifica diante dos princípios constitucionais da intangibilidade corporal, da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, que se vinculam à liberdade pessoal.

No voto-vencido consta que o que a autora quer é somente o título declaratório de sua paternidade. É o Direito Real da Verdade que se busca, e a única prova viável; neste cenário sub judice, é o DNA. Se o réu não quis fazer o exame de DNA (a ser pago pela autora), usou de um direito que ele tem, mas a consequência da análise da prova, é óbvio, não pode ser em seu benefício, tratando-se de entendimento jurisprudencial consagrado o de que a recusa é pressuposto da própria paternidade, e os arts. 231 e 232 do novo Código Civil traduzem o entendimento amadurecido na jurisprudência, fonte indireta do Direito, aludindo que esta hipótese de julgar uma pessoa pelo comportamento de sua mãe (e nunca o de seu pai) é um costume de tradição (para não dizer machista), que está ficando desconsiderado na concepção moderna, em que prevalece o Direito da Verdade Real.

Comentário

Trata-se de uma questão delicada e difícil, em que se contrapõem e colidem direitos fundamentais. Faço minhas as reflexões que constam no voto de um dos desembargadores: "A controvérsia que se instalou nos presentes autos não é de fácil deslinde, havendo argumentos respeitáveis e defensáveis da parte de ambos os recorrentes, de tal modo que se pode dizer, sem exagero, que sua definição diz respeito mais à consciência jurídica de cada julgador, do que à tentativa exegética da norma legal. A própria jurisprudência mostra-se vacilante, no respeitante à matéria, havendo julgados sufragando tanto uma quanto, outra posição".

Em várias oportunidades, tenho exposto minha opinião - que se robustece diante desta questão -, de que no Direito de Família, especialmente nas ações investigatórias ou negatórias de paternidade, os procedentes têm menor préstimo ou serventia, prevalecendo o que se denomina justiça do caso concreto. Cada caso, afinal, é um caso, com suas circunstâncias, nuances. Cada caso com seus dilemas, com sua história, com suas provas, contraprovas, ausência de provas, e o julgador tem de considerar os fatos que se apresentam nos autos, evitando generalizações.

No livro Direito brasileiro da filiação e paternidade (São Paulo: Malheiros, 1997, nº 59, p. 108) observei que

toda a cultura, a construção doutrinária, a jurisprudência, enfim, toda a concepção sobre a prova nas ações de filiação, que tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, sendo impossível obter-se a prova direta da mesma, passou, recentemente, por radical transformação, e um entendimento de séculos teve de ser inteiramente revisto. Com o progresso científico e a invenção do teste DNA, a paternidade pode ser determinada com absoluta certeza.

O teste de DNA tornou obsoletos todos os métodos científicos até então empregados para estabelecer a filiação. A comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirmar-se que o DNA é uma impressão digital genética.

Em outro livro - Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação (Eduardo de Oliveira Leite (coord.), Rio de Janeiro: Forense, p. 379), alertei para os perigos do que chamei "sacralização do DNA na investigação de paternidade", ponderando que o exame 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, e concluindo: "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 ela deve estar compreendida no conjunto probatório".

Reitero o entendimento de que a paternidade não pode ficar adstrita a uma simples questão biológica. O juiz - que é o perito dos peritos, afinal - não deve se transformar num autômato, num mero homologador de laudos. Não se pode trocar, simplesmente, o velho pater is est quem nupcræ demonstrant por um moderno pater is est quem sanguinis demonstrant.

Pelo que depreendi da leitura dos votos dos ilustres desembargadores, parece que essas minhas reflexões se aplicam ao caso em estudo.

A autora apresentou somente alegações. Não produziu prova alguma. E ingressou com a ação muito tempo depois do que seria razoável: quando tinha mais de 40 anos. O réu, ao contrário, compareceu com a única prova constante no processo: o de que a mãe da autora vivia em pensão na zona do meretrício, sendo freqüentada por muitos fregueses, mantendo encontros sexuais com vários homens, no mesmo dia, restando cabalmente demonstrada a exceptio plurium concubentium.

Acho que a recusa do réu, neste caso, de se submeter ao exame de DNA, não deve levar à conclusão de que foi ele quem gerou a investigante. Além de se fundar em princípios constitucionais, a recusa é justificável pelas circunstâncias constantes no processo, e volto a invocar a "justiça do caso concreto".

Não abono nem endosso a discriminação contra quaisquer pessoas. Repudio e abomino, com todo o vigor, as perseguições e violências por que passam os excluídos, as minorias.

Minha compreensão, generosidade e até solidariedade com as mulheres - geralmente pobres, carentes, incultas - que moram nos bordéis, e que levam a chamada "vida fácil", não chega ao extremo de deixar de reconhecer que é praticamente impossível que tais senhoras saibam qual foi o freguês que as engravidou.

Parece-me despropositado que tenha um cidadão de se submeter a exame de DNA, no contexto de ação investigatória, pelo fato de, há mais de quatro décadas, ter ido a um bordel para dar satisfação a suas carências sexuais. Na ausência de qualquer indício, de qualquer prova produzida pela investigante, de que o réu praticou ato sexual, em caráter de exclusividade, à época da concepção, o exame médico-legal não pode ter tamanha força e poder, servindo de prova única, exuberante e inexorável do vínculo paterno-filial, sobretudo quando nenhuma relação afetiva jamais foi estabelecida entre as partes, que, ao que parece, nunca mantiveram qualquer tipo de relacionamento, durante mais de 40 anos, e, praticamente, só se conheceram pessoalmente durante as audiências, nos corredores do tribunal.

Enfim, a recusa de se submeter ao exame de DNA - até porque se funda em garantia individual, inscrita na Constituição, insisto em lembrar - só pode levar à presunção ficta da paternidade observado o contexto, o conjunto probatório. A recusa ao exame pode ser um reforço de prova, mas, sozinha, não deve ser considerada prova bastante para declarar a existência do vínculo da paternidade.

Íntegra da Jurisprudência

EMENTA: Investigação de paternidade. Recusa do investigado em se submeter ao exame científico de DNA. Exceptio plurium concubentium comprovada. Prova de fato desconstitutivo do direito articulado. Improcedência. Em investigação de paternidade a recusa do investigado em se submeter à realização do exame de DNA é um forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nesta recusa, principalmente quando fartamente comprovada nos autos a exceptio plurium concubentium.

VOTO VENCIDO

Investigação de paternidade. Exame de DNA. Submissão. Recusa. Presunção de veracidade. Procedência. Julga-se procedente, por presunção da verdade dos fatos alegados, ação de investigação de paternidade em que o réu, sem justificativa séria, recusa-se a submeter-se ao exame de DNA.

EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) Nº 000.173.580-2/01 (NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.580-2/00) - COMARCA DE PATROCÍNIO - EMBARGANTE(S): M.A.R.D. - EMBARGADO(S): M.C.Q. - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO - REL. P/O AC.: EXMO SR. DES. ABREU LEITE

ACÓRDÃO

Vistos, etc., acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em rejeitar os embargos, vencidos o relator e o terceiro vogal.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2002.

DES. ABREU LEITE - Rel. p/o Ac.

DES. PINHEIRO LAGO - Relator vencido

23.04.2002

Segunda Câmara Cível

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) N° 000.173.580-2/01 (NA APELAÇÃO CÍVEL N° 173.580-2/00) - COMARCA DE PATROCÍNIO - EMBARGANTE(S): M.A.R.D. - EMBARGADO(S): M.C.Q. - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO

Proferiram sustentação oral, respectivamente, pela embargante e pelo embargado, os Drs. RAIMUNDO CÂNDIDO JÚNIOR e CARLOS PEIXOTO DE MELLO.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO: VOTO Pelos presentes embargos infringentes, pretende a embargante o prevailecimento do voto isolado, proferido pelo Des. FRANCISCO FIGUEIREDO, que, ao confirmar a sentença de primeiro grau, perfilhou o entendimento de que, na espécie em apreciação, a recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA deve ser tida como presunção de veracidade da alegada paternidade, divergentemente dos demais julgadores, os quais adotaram posição contrária, reformando, em consequência, a decisão monocrática.

A controvérsia que se instalou nos presentes autos não é de fácil deslinde, havendo argumentos respeitáveis e defensáveis da parte de ambas as correntes, de tal modo que se pode dizer, sem exagero, que sua definição diz respeito mais à consciência jurídica de cada julgador, do que à tentativa exegética da norma legal. A própria jurisprudência mostra-se vacilante, no respeitante à matéria, havendo julgados sufragando, tanto uma, quanto outra posição.

Registro, de início, meu entendimento contrário à corrente doutrinária e jurisprudencial, defensora da tese da constitucionalidade, na investigação da paternidade, da submissão do investigado ao exame de DNA, inadmissível diante do disposto no art. 5º, X, da Constituição da República, a consagrar, como direitos fundamentais, a dignidade, a vida privada, a intimidade e a imagem das pessoas.

Porém, se é verdade que não se possa compelir alguém a submeter a prova pericial envolvendo intervenção no próprio corpo, também há de ser tida como admissível a assertiva de que a recusa da parte, sem justificativa válida e idônea, em submeter-se ao exame de DNA, na causa em que é ela apontada como pai do investigante, deve ser erigida a presunção de veracidade da apontada paternidade.

Afinal, se é válido o direito à intangibilidade do corpo humano, a integridade física do paciente torna-se ridícula se confrontada ao direito maior, que assiste ao investigante, da apuração da verdade biológica, componente de sua própria história, como pessoa humana.

Nesse caso, o direito do investigado deve ceder lugar ao interesse do investigante em apurar sua paternidade, que está sendo contestada. Destarte, o exercício do direito de recusa à perícia, por parte do réu, na investigatória de paternidade, somente deve ser respeitado, à minha ótica, apenas diante de justificativa plausível, válida e idônea.

Ora, no caso em apreciação, extrai-se dos autos que, talvez em face do longo tempo decorrido - a idade da autora é superior a quarenta anos - a única prova que se mostrava possível, para apuração do fato da alegada paternidade, residia, exatamente, na implementação do exame das impressões digitais de DNA, a que deveriam se submeter os dois litigantes.

Se era esse o panorama da espécie, a não-realização do mencionado exame, decisivo para a completa elucidação do caso, em face do grau de contabilidade que oferece, representava, sem dúvida, na total frustração da investigante no exercício do direito de investigar a sua paternidade. A realização da dita prova pericial apresentava-se, portanto, como fundamental e decisiva para a completa apuração da verdade fática. Via de consequência, a recusa do réu em submeter-se ao exame redundava, em última análise, na total ausência de prova dos fatos alegados.

Diante desse quadro, quedava-se impositivo que o investigado fornecesse justificativas aceitáveis e verossímeis para sua atitude de recusa, que estava a impedir o próprio Juízo de apurar a verdade.

Pois bem, ao que emerge dos autos, as justificativas apresentadas pelo ora apelante não de ser consideradas como vazias e inconsistentes, na medida em que não apresentam conteúdo sério, já que ele próprio confessou, não só que manteve relações sexuais com a genitora da apelada, como que procurou com ela se relacionar, depois de adulta, indícios fortes da veracidade dos fatos alegados na petição exordial.

Em face, pois, da fragilidade das alegações apresentadas pelo réu, o qual, realmente, não forneceu elementos fortes, de molde a justificar seu procedimento, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que a recusa ao exame de DNA estava mesmo a representar o temor da descoberta da verdade, que seria, mesmo, a paternidade da apelada recaindo na pessoa dele.

Assim, nada mais justo do que considerar como presunção da verdade dos fatos a recusa injustificada do réu, a qual, aliada aos demais elementos de prova, existentes nos autos, conforme farta e

convincentemente demonstrados no duto voto minoritário, estão a autorizar a procedência do pedido e, conseqüentemente, ao reconhecimento deste como verdadeiro pai da autora.

Com essas considerações, estou acolhendo os embargos para que venha a prevalecer a conclusão do voto proferido pelo em. Des. FRANCISCO FIGUEIREDO, com vênha da digna maioria.

O SR. DES. ABREU LEITE: Sr. Presidente.

Ouvi com prazerosa atenção as sustentações orais feitas pelos patronos de ambas as partes.

VOTO É inegável que a recusa do réu sem justificativa plausível em se submeter ao exame de DNA na Ação de Investigação de Paternidade constitui um dos elementos de presunção da veracidade dos fatos articulados no pedido.

Todavia a presunção deve ser aferida juntamente com os demais elementos de prova existentes nos autos e não é o único valor ponderante para se admitir uma paternidade.

Quem alega o fato constitutivo de seu direito deve prová-lo nos termos do art. 333, I, do CPC.

No caso específico deste auto o réu ao contestar a ação às fls. 18-23/TJ sustentou a exceptio plurium concubentium e arrolou testemunhas às fls. 45 e 46/TJ para provar suas alegações, enquanto que a autora, na oportunidade de especificar provas, requereu tão-somente o exame de DNA (fls. 44/TJ).

Realizada a audiência de instrução foram tomados os depoimentos pessoais das partes e das testemunhas arroladas.

Registre-se que foram ouvidas quatro testemunhas e todas elas são unânimes em afirmar que a mãe da autora residia em uma pensão de meretrício e praticava o sexo como profissão, recebendo vários homens num só dia e isto na época em que o réu freqüentou a zona boêmia em que residia a mãe da investigante.

Do exame que se faz da única prova existente nos autos e que assim mesmo foi produzida pelo réu chega-se à inarredável conclusão de que ficou cabalmente provada a exceptio plurium concubentium.

Se é verdade que na Ação de Investigação de Paternidade a prova não é direta, tem-se como questão pacífica tanto em doutrina como em jurisprudência que a investigante deve provar que o investigado manteve relacionamento sexual com a mãe da autora à época da concepção com caráter de exclusividade.

O que se vê dos autos é que a autora não saiu dos limites das alegações contidas no pedido, não se preocupando em produzir qualquer prova, sendo até mesmo de se estranhar que ela tenha nascido em 20 de setembro de 1957 e só tenha ingressado em Juízo em janeiro de 1999, isto é, quando sua mãe já era falecida e quando ela já estava com mais de quarenta anos de idade.

Não basta alegar a paternidade. Era mister que a autora provasse que o réu manteve relacionamento com sua mãe à época da concepção e com caráter de exclusividade. Além de não fazer esta prova o réu fez prova contrária, isto é, de fato que desconstitui o direito da autora.

Assim tenho, data venia, que a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA não pode contrapor-se à prova existente nos autos.

Com tais considerações, e prestando obsequiosa vênha ao duto relator, rejeito os embargos.

O SR. DES. NILSON REIS: Peço vista dos autos.

SÚMULA:

O relator acolhia e o revisor rejeitava. Pediu vista o primeiro vogal. 30.04.2002

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) N° 000.173.580-2/01 (NA APELAÇÃO CÍVEL N° 173.580-2/00) - COMARCA DE PATROCÍNIO - EMBARGANTE(S): M.A.R.D. - EMBARGADO(S): M.C.Q. - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO

Assistiu ao julgamento, pela Embargante, o Dr. RAIMUNDO CÂNDIDO JÚNIOR.

O SR. PRESIDENTE (DES. LÚCIO URBANO):

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.04.2002, a pedido do Primeiro Vogal, após votarem Relator e Revisor, aquele acolhendo e este rejeitando os embargos.

Com a palavra o Des. NILSON REIS. O SR. DES. NILSON REIS:

VOTO

Trata-se de embargos infringentes interpostos em decorrência da existência de voto vencido, no julgamento da Apelação Cível 173.580-2, referente à ação de investigação de paternidade, ajuizada pela embargante em face do embargado.

O eminente revisor Des. FRANCISCO FIGUEIREDO, vencido, entendeu pela suficiência das provas constante dos autos, para confirmar a r. sentença originária, acatando o pleito, ao contrário da maioria da turma julgadora, que entendeu pela insuficiência das mesmas, quanto à exclusividade do relacionamento entre o ora recorrido e a mãe da ora recorrente, mormente a recusa daquele em submeter-se ao exame de DNA, que constituiria, nesta circunstância, garantia constitucional, já que ninguém é obrigado a constituir prova contra si.

Em que pese o brilhantismo e exuberância do voto manifestado pelo eminente Des. FRANCISCO FIGUEIREDO, mestre do Direito de Família, professor e conferencista renomado, não se pode concluir, com vênha redobrada, a partir da prova colhida nos autos, pela procedência da ação de investigação de paternidade em questão.

A própria recorrente, em seu depoimento pessoal de fl. 82, confessa que tinha vinte e dois anos quando sua mãe lhe dissera que o ora embargado era seu pai, a demonstrar estranheza, já que, nessa época gozava da maioridade, possuindo meios para buscar a verdade dos alegados fatos, somente vindo a deles se valer após vinte anos, desidia que se leva a crer não possuir a mesma certeza da paternidade, diante de seu eventual conhecimento de que sua mãe era mulher de "muitos homens".

A prova testemunhal não deixa dúvida a respeito, bastando a leitura dos depoimentos de fls. 87-92, que são unânimes no sentido de que a mãe da ora recorrente não tinha compromisso e que no local onde morava, denominado "Pensão de Dona Luzia", era a mulher preferida, mais freqüentada, diante de sua beleza, ficando com aquele que a procurasse, tendo inclusive a testemunha J.A.A. afirmado ter mantido relação sexual com ela e a testemunha O.P.A. dito que ela morou em zona boêmia em Uberaba.

Ora, diante deste quadro, malgrado a falta de prova da relação conjugal, em caráter exclusivo entre a mãe da recorrente e o ora recorrido, tem-se que justificada a recusa deste em proceder ao exame de DNA, pelo princípio da igualdade, consagrado em nossa constituição, uma vez que todos são iguais perante a lei, extensivo às partes, no processo civil, que recebem o mesmo tratamento (art. 5º, inciso I, da CR e art. 125, I, do CPC).

No caso, ambas as partes tiveram, no plano processual, os mesmos instrumentos para o exercício de seus direitos, inclusive na produção de provas, não se podendo afirmar que a embargante não pôde realizar a pericial, exame de DNA, porquanto a Lei Fundamental concede à pessoa a intangibilidade de seu corpo e até mesmo não produzir contra si. Mas teve a oportunidade de realizar outras provas. Não as fez. O contraditório se estabeleceu. A audiência de instrução e julgamento realizou-se na sua bilateralidade (art. 332, CPC). Se o embargado não quis submeter-se ao exame de DNA, insista-se, exerceu direito, porque assentado em Lei Fundamental, berço nobre a iluminar toda a legislação infraconstitucional. Vale, aqui, a propósito do sistema probatório no processo civil, que, no direito brasileiro, também inadmissível a prova obtida ilicitamente (art. 383, do CPC). O próprio art. 5º, LUI, da CR, dispõe:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." Desta forma, se o embargado quisesse submeter-se à prova pericial, contaria, com sua vontade, observando o contraditório na formulação dos quesitos, impugnação e recursos, emprestando sua vontade à busca da certeza real. Mas, diante da lei, não se pode obrigá-lo. A lei tutela e protege a intangibilidade corporal. É a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CR). Privacidade, intimidade, vincula-se à liberdade pessoal.

A norma constitucional é de ser respeitada. Ela instituiu a autonomia da vontade do litigante na sua privacidade, intimidade, liberdade pessoal. Se não permite violação à privacidade, então, se o litigante não se despe de sua vontade, proíbe que o exame corporal se faça coercitivamente, porque no devido processo legal, há igualdade das partes, observância do direito de defesa, com o estabelecimento do contraditório.

Portanto, diante deste quadro, não se pode falar, concessa vênua, na aplicação do instituto da presunção, como forma de solucionar o pleito, diante da realidade fática estabelecida pela prova testemunhal colhida nos autos, que aponta para a ausência de relacionamento, com exclusividade, entre a mãe da recorrente e o recorrido, tornando remota a probabilidade de que seja este o pai daquela. A propósito, vale a transcrição de ensinamento de SÉRGIO CARLOS COVELLO, em sua obra *A presunção em matéria civil*, Saraiva, 1983, p. 21, in verbis:

"Tanto o legislador como o juiz perseguem a verdade e atingem, pela presunção, a verdade provável (a probabilidade), que se situa entre o falso e o verdadeiro.

A probabilidade admite graus, segundo sua maior ou menor aproximação da verdade. Ela é o grau de possibilidade de um acontecimento. O provável não é o que é, mas o que pode ser, o que existe apenas em potência, enquanto o real é o que existe em sua atualidade. O grau de crença na ocorrência de um evento depende de sua freqüência relativa aos dados disponíveis. Tanto maior é a probabilidade quanto maior a freqüência do evento. Mas o freqüente não é o que ocorre sempre, sem exceção. É por esse motivo que a conclusão obtida pelo raciocínio presuntivo é sempre discutível donde a admissibilidade de prova em contrário. Na ausência desta, o intelecto é levado à certeza a respeito do fato desconhecido.

A mãe da embargante, pelo que está nos autos, era freqüentada por muitos homens, em zona de meretrício. Ausente o exame pericial, não emerge dos autos a certeza da paternidade, considerando até mesmo a presunção própria da prostituição, fato provado nos autos, com evidência. A lógica se assenta no fato ordinário, próprio da época, revelado nos autos na identificação da conduta da mãe da embargante e do local no qual se entregava "à vida fácil".

Na leitura da lei, que é ordenamento, não se contém regra jurídica dispondo sobre o dever da parte de submeter-se ao exame pericial corporal, preservando a sua intangibilidade e na feição procedimental do Código de Processo Civil e da legislação extravagante ou especial também não se encontra regra que a parte vulnere o direito à reserva da intimidade da vida privada da pessoa humana, conservando a sua autonomia e liberdade e preservando o seu egoísmo. Contudo, já existe a lei consagrando invasões da privacidade, quando permite a quebra do sigilo bancário, quando dispõe sobre o respeito do conhecimento de dados ou registros pessoais e tanto o constituinte quanto o legislador não se ativeram, até a vigência do novo Código Civil, sobre o avanço científico em hipótese como a dos autos: o exame pericial corporal para declaração de paternidade, que inspira uma pretensão humanística. Também, não se ignora que o exame DNA não é prova de certeza absoluta diante de quadro probatório, mas nele inserindo-se como meio

científico, no qual se avulta a descoberta genética.

O ideal para a Justiça, virtude cardeal, seria que o embargado tivesse submetido-se ao exame. Mas não o fez, exercendo direito consagrado no ordenamento jurídico vigente. Louve-se aqui o pedido renovado da embargante, por seu ilustre, inteligente e combativo procurador, como também o do embargado diante da lei.

Na consideração humana, divina e legal de que a identidade genética da investigação de paternidade, também é científica e se insere, também, no direito de cidadania, o legislador da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil Brasileiro, que "... entrará em vigor um ano após a sua publicação" (art. 2.044), resolve, processualmente, a omissão da legislação atual, valendo transcrever as disposições dos seus arts. 231 e 232:

"Art. 231 Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se da sua recusa."

"Art. 232 A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."

Então, o próprio legislador, com a ciência da legislação atual e aqui uma referência elogiosa ao professor e mestre MIGUEL REALE e a outros mestres do Direito, juristas pátrios na história do Código Civil moribundo e ao novo - a feliz iniciativa para que a verdade formal seja a certeza verdadeira e legítima.

Fermo o meu convencimento, meu entendimento, pela prova existente nos autos e então, premissa vênua do eminente Relator, Des. PINHEIRO LAGO, não há certeza real da paternidade reclamada pela embargante.

Assim sendo, com estes fundamentos, pedindo vênua aos eminentes prolores dos votos em contrário, rejeito os embargos para aderir aos votos majoritários proferidos no julgamento da apelação, então formulada pelo embargado. Custas, ex lege.

O SR. DES. LÚCIO URBANO:

Mantenho o voto que proferi quando do julgamento da apelação.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

Peço vista.

SÚMULA:

Rejeitaram os embargos, vencido o relator. Pediu vista o terceiro vogal.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo embargado, o Dr. CARLOS PEIXOTO DE MELLO.

O SR. PRESIDENTE (DES. LÚCIO URBANO):

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.04.2002, a pedido do Primeiro vogal, após votar o Relator acolhendo os embargos e o Revisor, rejeitando-os.

Em 30.04.2002, pediu vista o Terceiro vogal, após rejeitarem os embargos o Primeiro e o Segundo vogais.

Com a palavra o Des. FRANCISCO FIGUEIREDO.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

VOTO

Pedi vista deste processo para melhor exame desta matéria e adequação de minhas idéias, diante dos votos infringenciais que me precederam, avesso que sou aos azares do improvisado, principalmente em matéria que classifico como a mais importante existente no Direito, que é o Direito Personalíssimo do cidadão (direito este de sua identidade, tão importante quanto o direito à liberdade).

Li este processo e as notas taquigráficas como se fosse a primeira vez que nele trabalhasse. Reexaminei os votos contidos no julgamento da apelação bem assim, com a maior atenção, notas taquigráficas da Sessão Passada e, como se não bastasse, até a cópia do voto do Des. BRANDÃO TEIXEIRA, gentilmente a mim enviada, na suposição dele de que participaria deste julgamento. Como não fez e nem fará parte deste julgamento, peço a S. Exa. a permissão de dizer de público que também estava a acolher os embargos, numa síntese perfeita e anuente a todos os reiterados pareceres ministeriais - de ambas as instâncias - pelo reconhecimento desta paternidade.

Fiz deste adiamento uma retomada de ponto de vista, sugerido até que fui a mudar de posição. Mudar de posição é sinal de grandeza e até de inteligência.

Grandeza, pois isto demonstra que nosso Tribunal Maior é o Tribunal de nossa consciência; Inteligência, porque a mudança consciente de posição traduz para quem muda, se for o caso, o refrigério de vivenciar "justiça interior" que é o maior prêmio que um julgador pode ter.

Três foram, agora, os votos majoritários, pela ordem de infringência, sendo que, passo a aduzir minhas razões sobre a tese discutida:

Em primeiro lugar, o voto do eminente Revisor que argumenta, na defesa de seu entendimento, duas questões que merecem consideração a saber: Primeira: "O que se vê dos autos é que a Autora não saiu dos limites das

alegações contidas no pedido, não se preocupando em produzir qualquer prova, sendo até mesmo de se estranhar que ela tenha nascido em 20 de setembro de 1957 e só tenha interessado em juízo em janeiro de 1999, isto é, quando sua mãe já era falecida e quando ela já estava com mais de quarenta anos.

Gostaria de deixar registrado que esta afirmação comporta considerações a corrigir natural equívoco. Primeiramente, a mãe da Autora não é falecida. Ela está viva, tão viva que o Réu é indômito em querer

obter da Autora um encontro ou informações sobre a mãe dela, fato extremamente sintomático e singular. Ora, que homem é este que se sente obstinado em rever uma mulher tida como meretriz, com quem teve contato há décadas passadas e que ainda se relaciona socialmente com a filha dela? O que justifica esta relação com o passado? Eu, pessoalmente, não conheço ninguém que tenha este interesse ardente e inexplicável...

E é bom registrar, também, que a data da concepção confere com o relacionamento do Réu com a mãe da Autora.

Em segundo lugar, exatamente por não estar falecida a mãe da Autora, é que esta - após insistência da filha, abrindo uma quebra de seu silêncio tumular mantido durante todo este tempo - acaba dizendo quem é o pai. Ciente disto, a Autora propôs a presente ação.

Entretanto, vamos admitir que esta não seja a verdade. E voltemos às razões infringenciais do voto do eminente Revisor.

Segunda consideração: suponhamos que a mãe da Autora, por mera hipótese, fosse falecida e que a Autora, "nascida em setembro de 1957, somente nos idos de janeiro de 1999, quase quarenta anos depois, tenha ingressado em juízo".

Ora, lembremos de que o Réu é casado (fl. 18), e somente pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992 passou a ser possível propor investigatória contra homem casado. Assim, convenhamos que o tempo não foi tão longo como se disse, somente 6 (seis) anos e não 42, o que vem demonstrar a veracidade da hipótese de que, quando foi revelado pela mãe à filha o nome do pai, ela agiu de pronto. Tanto isto é verdade, que antes da Lei nº 8.560 de 29.12.1992, manejava-se - pelo menos para obtenção de alimentos - a Lei nº 883, de 21.10.1949, e a Autora nunca pediu - e nem insinuou pedir - alimentos, pois é maior, casada, bacharela em Direito, gerente de banco. O que ela quer e pede é o sagrado direito, personalíssimo, da paternidade. A prova inquestionável seria o exame de DNA, pelo qual ela, inclusive, está pronta a pagar, sendo que o Réu nega-se a comparecer para sua realização.

Que outra prova a Autora poderia praticar? Sair por aí, procurando por homens que freqüentaram a zona boêmia da cidade, há mais de 40 anos? É difícil, pois nem as testemunhas do Réu confessaram ter tido ingresso carnal com a mãe dela, a não ser o tímido e silente J.M.A. - fl. 90 - que nem data ou época soube precisar quanto ao congresso carnal. As testemunhas do Réu, amigos dele, sabedores do relacionamento pessoal e íntimo da mãe da Autora com o Réu, não se atreveriam - até por respeito ao amigo - a relacionarem-se com sua eleita... Curiosamente, dizem que ela freqüentava a zona boêmia, mas nenhum deles falou sobre o procedimento e o costume dela à época.

O que a Autora quer é somente o título declaratório de sua paternidade. É o Direito Real da Verdade que se busca, e a única prova viável, neste cenário sub judice é o DNA.

Para terminar a análise da tese infringencial sustentada pelo ilustre Revisor, gostaria de lembrar que, quando busquei arestos à época do julgamento da apelação, citei, além de julgados de Ministros do Superior Tribunal, alguns de nosso Tribunal de Justiça. Destes, elegi um voto lapidar do ora atual Revisor, na Apelação Cível 49.458/3, de 18.09.1995, in RT 734J453, que diz:

"Em investigação de paternidade, a prova pericial científica concernente ao exame de DNA constitui prova direta, e, quando seus resultados forem categóricos na afirmação da paternidade, deve ser considerada prova superior e incontestável na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando somada à prova indiciária."

Gostaria, ainda, de acrescentar que este julgamento foi unânime e salientar o que é mais importante, as imputações de defesa - mãe prostituta, freqüentadora de meretrício, etc., etc. - identificam-se com o julgamento que ora terminamos.

Tal voto foi acompanhado pelos Desembargadores FERNANDES FILHO e SÉRGIO SANTIAGO.

No início de meu voto, disse que mudar de posição é até grandeza do julgador, pois o Tribunal maior é nossa consciência; não obstante, peço ao ilustre Revisor que me permita continuar empunhando a bandeira que, naquele excepcional voto, ele desfraldou.

- Com relação ao voto do Primeiro Vogal - a quem agradeço os elogios imerecidos a mim dirigidos - a questão infringencial torna-se mais simples de ser enfrentada.

Sabemos que o Direito de, Família, nos últimos tempos, sofreu uma dinâmica muito rápida, não sendo nem igualada a nenhuma outra dinâmica aplicável a qualquer Direito,

A distância da época dos carros-de-boi à época das aeronaves bélicas ou civis atuais, na verdade, tornou-se menor do que realmente o foi com as Leis da união estável, o concubinato, a relação homoafetiva, a clonagem, finalmente, a discussão da ética na clonagem humana.

Pois, ao ouvir o voto de S. Exa. e relê-lo nas notas taquigráficas em meu poder, tive até o direito de pensar que se tratava de um equívoco de conclusão, pois tudo levava a crer que, pela condução do voto, concluir-se-ia de uma forma, mas concluiu-se de outra. S. Exa. cita artigo doutrinário de SÉRGIO CARLOS CORELLO, dos longínquos idos de 1983, sobre "Presunção em Matéria Civil". Exegese formidável, mas, de certa forma, a destempo pela tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e, unanimemente, pelos Tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo, que se cinge à busca do "Direito da Verdade Real".

Ora, se o Réu não quis fazer o exame de DNA (a ser pago pela Autora), usou de um direito que ele tem, mas a consequência da análise de prova, é óbvio, não pode ser em seu benefício. Tanto é que,

paradoxalmente, o ilustre 2º Vogal culmina por elogiar e citar os arts. 231 e 232 do Código Civil a vigor, no sentido de que o Réu não poderá beneficiar-se da recusa ao exame.

Para culminar, esta análise, já não é nenhum mistério para o Superior Tribunal de Justiça, pois, pela Internet, vê-se que não há Ministro que não tenha ainda lidado com a questão da recusa de submeter-se ao DNA, frente ao "Direito da Verdade Real", Para reforçar meu entendimento, diz o 2º Vogal, no segundo parágrafo de seu voto, uma frase que, para mim, é a base do seu entendimento, in verbis:

"O eminente Revisor Des. FRANCISCO FIGUEIREDO, vencido, entendeu pela suficiência das provas constante dos autos, para confirmar a respeitável sentença originária, acatando o pleito, ao contrário da maioria da Turma julgadora, que entendeu pela insuficiência das mesmas, quanto à exclusividade do relacionamento entre o ora recorrido e a mãe da ora recorrente, mormente a recusa daquele em submeter-se ao exame de DNA, que constituiria, nesta circunstância, garantia constitucional, já que ninguém é obrigado a constituir prova contra si," (grifo meu) Questiono: por que "prova contra si"? Ora, se o Réu nega a paternidade,

por que esta prova técnica seria contra ele? Daí, o entendimento jurisprudencial consagrado da recusa ser pressuposto da própria paternidade. A recíproca de presunção, então, tem de ser para as duas partes. Pergunta-se: e a verdade real, defendida pelo Superior Tribunal de Justiça e, data venia, também por nosso Tribunal como fica? Estão sobejos de razão os citados arts. 231 e 232 do novo Código Civil, que não têm só no Jurista MIGUEL REALE a paternidade, mas o entendimento amadurecido na jurisprudência, fonte indireta do Direito. São anos de luta nos Tribunais neste sentido, convertendo um "carro-de-boi" em "supersônico". Os tempos mudam rapidamente, e mudando os tempos mudam os costumes.

Peço desculpas a meus Pares e às Partes por minha tardança, mas este julgamento tem sabor de despedida. Acredito que um caso desta importância, pela mudança dos costumes, não mais acontecerá no cenário em que este foi desenhado. Meretrício, zona boêmia, etc., etc. Hoje, zona boêmia é para o mais baixo padrão econômico. Para a ralé econômica. Hoje, os costumes mudaram tanto que os filhos já vão crescendo, tendo seu canto, sua privacidade e a vida que querem ter. Para quem não tem poder econômico para ter o seu canto existem motéis e, o que é pior (ou melhor, não sei), a própria casa dos pais. Os costumes mudaram muito, mas se a gravidez indesejada ou irresponsável acontece, já não se discute mais sobre casamento, mas sobre o reconhecimento do filho. Pouco importa se o pai é santo, bandido, drogado, responsável. O importante é a paternidade. É isto que temos visto e é isto que os meios de comunicação têm nos enfiado "goela abaixo".

Esta hipótese de julgar uma pessoa pelo comportamento de sua mãe (e nunca o de seu pai) é um costume de tradição (para não dizer machista) que está ficando desconsiderado na concepção moderna. Nisto é que está o Direito da Verdade Real.

Já estamos no III Milênio!...

Ainda, no sentido desta tipicidade, hoje, rara e vetusta de investigatória, gostaria, se me permitissem, de citar um caso que muito me impressionou em minha vida judicante, já em pleno ocaso, na lide do Direito de Família. Há anos, na 4ª Câmara Cível, participei de um julgamento em que fui vencido surradamente, inclusive de forma isolada, nos embargos infringentes. É um caso que se tornou famoso e conhecido como o da "caminhonete amarela". Em síntese, a paternidade foi negada pelo fundamento de que a mulher, jovem, viúva recente, sem filhos, na pequena cidade de Corinto, onde tinha parentes e lá, por vezes, freqüentava, estava inclinada a um jovem fazendeiro, solteiro, por certo, o bonitão do local. Numa determinada noite, ela, que nunca havia conversado com ele, saiu na caminhonete que, por ser amarela, foi identificada facilmente numa rua sem iluminação. Lá, tiveram relação sexual, a concepção fez-se, e nasceu o menino. Não reconhecido, propôs a ação, que recebeu o número 78.442/4 na apelação.

A paternidade foi negada ao fundamento de que a mulher, a despeito de ter tido uma única relação sexual após a viuvez e no primeiro encontro, foi classificada "de mulher fácil" e, portanto, de "mau comportamento". Desnecessário dizer que não se teceu um comentário sequer nos votos vencedores sobre o comportamento do varão. Minha tese, à época, cingiu-se ao fato de que, por não podermos nos considerar deuses, não temos poder ou possibilidade de aferir ou dimensionar a carência afetiva dos outros. O Réu negou-se a fazer o DNA e a decisão foi julgada como mais uma declaração de paternidade negada a um cidadão, em razão de comportamento de outrem.

Por muito tempo aguardei a decisão do Superior Tribunal deste caso, citado até em Congressos Nacionais de Direito de Família. Esperei tanto que acabei por desistir.

Qual não foi minha surpresa quando me encontrei com um advogado que perguntou se ainda me lembrava do caso "da caminhonete amarela", e eu indaguei sobre a decisão do Superior Tribunal. Ele respondeu-me que não houve recurso. O advogado do investigador, de então, sumiu da cidade, não se sabendo por qual razão, e levou todos os papéis deles. Ela só tinha os dados da apelação, o que propiciou ao atual advogado preparar outra ação investigatória, mesmo arriscando-se ao princípio da "Coisa Julgada". O MM. Juiz da 5ª Vara de Família designou audiência preliminar de conciliação e as partes compareceram. A mãe e seu filho recém-nascido haviam passado por todos os tipos de necessidades, agruras e vicissitudes possíveis. Nunca mais tiveram contato com o investigado, mesmo porque a pecha de "mulher fácil" a uma mulher honesta não os encorajou à procura. No dia da audiência preliminar, no fim do semestre passado, todos se encontraram. Perguntado pelo Juiz, o investigado - hoje, alquebrado, casado e cheio de filhos - negou a

paternidade novamente. Perguntado ao investigador por que estaria a propor aquela ação, disse que tivera uma vida duríssima com a mãe e que, sempre vivendo juntos, vira o que ela representava para ele como exemplo de luta e de caráter. Disse, ainda, que, como se formaria em medicina naquele ano, gostaria somente de que, no convite, constasse o nome da mãe e também do pai, pelo reconhecimento ao passado dela, visto que não precisava mais do Pai - que nunca lhe dera um centavo, ou sequer o visitara - para nada mais. Na falta de conciliação, o Juiz encerrou a audiência, decretando a "Coisa Julgada".

Confesso que terminado o relato do advogado, fiquei pasmo e não escondi minha frustração, passível a qualquer julgador diante de um cenário deste teor.

Mês passado, numa posse, reencontro-me com o mesmo advogado, exultante, a dizer-me que o "caso da caminhonete amarela", por fim, já poderia ser "sepultado". Em janeiro passado, o investigado procurou o investigador, para surpresa dele e de sua mãe, pediu perdão e convidou o filho e a mãe a irem ao Cartório para lavrarem a escritura pública de reconhecimento de paternidade, que foi lavrada no Tabelionato do 7º Ofício de Notas da Capital, Livro 306 N, folha 033, aos 9 de jan. 2002, cuja fotocópia foi, depois, gentilmente a mim enviada. E, naquele tempo, ainda não se discutia Direito da Verdade Real!

A omissão da verdade ou a falta dela queima qualquer consciência. Lembrem-se, à época do julgamento da apelação, a comparação que fizemos sobre a diferença de caráter de citado "artista" e a de um "atleta" (fl. 190).

Com relação ao voto do 2º Vogal destes embargos, nada tenho a registrar, pois seu voto consistiu somente em ratificar seu entendimento à época do julgamento da apelação, que serviu de base à infringência que ora apreciamos.

À Autora eu diria que é lícito continuar lutando na busca da proclamação de seu direito personalíssimo. Isto é patrimônio moral e civil que somente a ela cabe. Hoje, nem mais a sua mãe este interesse pode ser manejado. Somente a Autora pode fazê-lo. Se não conseguir, seria o caso de se questionar: o que é melhor ou pior: ser filha de uma mulher - a quem se assacou a pecha da prostituição do corpo e que fez dela gente - ou filha de um homem, que se for seu pai - como plenamente admito - está fazendo a prostituição da verdade? Qual o melhor exemplo que ela transmitirá a sua descendência?

Assim, com respeitosa vênua aos votos majoritários, presto minha modesta adesão ao eminente Relator, acolhendo os embargos, no que também esteve anuente o Órgão Ministerial de todas as instâncias.

SÚMULA: Rejeitaram os embargos, vencidos o relator e o terceiro vogal.