

O Direito à incolumidade física em oposição ao direito ao reconhecimento da paternidade

Dr. Fabiano Campos Zettel ()*

Introdução

O Projeto do Novo Código Civil praticamente repetiu a redação dos artigos 2º e 4º do Código Civil em vigor, que tratam da pessoa como sujeito de direitos e da atribuição de personalidade.

Entre os direitos atribuídos à pessoa natural, existem os irrenunciáveis, tutelados principalmente pela Constituição da República e que constituem garantias fundamentais conferidas ao indivíduo. Exemplificativamente, podem-se citar o direito à vida, o direito à integridade física, à honra, à intimidade, dentre outros. Todavia, o direito não se apresenta de maneira planificada e, em certos momentos, direitos e garantias fundamentais se contrapõem.

Tem-se por objetivo neste artigo a abordagem de uma dessas situações, em que direitos fundamentais colidem diante de certas circunstâncias particulares.

No caso da submissão compulsória do investigado à coleta de material para a realização de exame de DNA, encontram-se em conflito o direito à incolumidade física e o direito ao reconhecimento da paternidade.

Cabe aos analistas do direito posicionarem-se na busca da melhor solução para o conflito, de maneira a determinar qual o interesse preponderante na espécie. É necessário o estabelecimento de um juízo de valor.

O Direito à incolumidade física em oposição ao direito ao reconhecimento da paternidade

A incolumidade física é uma prerrogativa natural da condição humana. Em sendo a pessoa humana sujeito de direito, tal prerrogativa representa um direito subjetivo de alcance civil e público, compondo o acervo jurídico individual. Tão relevante é a relevância dessa temática, que tem *status* de direito fundamental amparado na Constituição da República.

Da mesma forma que o direito à incolumidade física é tutelado como valor constitucional, o é o direito ao reconhecimento da paternidade. Este apresenta-se como valor social de suma importância, transpondo inclusive o caráter patrimonial envolvido. Não só o texto constitucional, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, defendem esse direito, apresentando-o como imprescritível e irrenunciável.

Sendo assim, quando se trata da hipótese de submissão compulsória a exame de DNA, tem-se o conflito direto entre os dois direitos constitucionalmente tutelados.

Para os que defendem a idéia de que deve o direito à incolumidade física sobrepor-se ao direito ao reconhecimento da paternidade, é inaceitável a hipótese de se submeter forçosamente qualquer indivíduo ao fornecimento de material para a realização do exame. Tal procedimento afrontaria diretamente

* Mestre em Direito. Professor da UFMG. Professor da Universidade de Itaúna.

o princípio da legalidade, uma vez que não existe norma que imponha tal procedimento probatório. Da mesma forma, seriam desrespeitados os princípios invioláveis da intimidade, da vida privada, da dignidade da pessoa humana e da intangibilidade do corpo humano. Então, dever-se-ia buscar uma solução instrumental para a questão, sem que fossem desrespeitados os direitos do indivíduo.

O pensamento de ANTONIO BORREL MACIÁ¹, em obra que data de 1954, já se alinha pela intangibilidade do corpo humano.

Se aceptamos um derecho de disposición de nuestro propio cuerpo o de elementos de nuestra personalidad, puede surgir inmediatamente la posibilidad de que otras personas adquieran, de una manera derivativa, um derecho sobre nuestro cuerpo, o sobre elementos del mismo.

Todavia, contrariamente ao posicionamento citado, muitos defendem a submissão compulsória ao exame. Para esses, deve prevalecer o direito da criança à sua identidade real, e não à simplesmente presumida. MARIA CELINA BODIN DE MORAES² defende como requisito indispensável à formação do caráter da criança o conhecimento verdadeiro de seus progenitores. Esta informação representaria o reconhecimento de um interesse social, público, que ultrapassa os limites dos particulares. Residiria, segundo este posicionamento, na tutela integral da dignidade da criança, o interesse primário e fundamental do Estado. Ademais, o reconhecimento do estado de filiação é direito reconhecido pela Constituição e reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de maneira expressa.

Tem-se então que, na hipótese da submissão forçosa a exame de DNA, reside o grande conflito entre os direitos numerados. Questão que, segundo JOSÉ RUBENS COSTA³, se concentra no confronto entre o direito à prova e o direito à resistência à prova.

O direito estrangeiro

Também o direito estrangeiro apresenta várias interpretações para a hipótese.

A recusa à realização do exame é aceita pelo direito francês, italiano, espanhol e inglês. Nos três primeiros países, a recusa implica somente conseqüências relacionadas à apreciação das provas pelo juiz, enquanto na Inglaterra esta conduz necessariamente à perda do processo.

RAINER FRANK, professor de Friburg, citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence⁴ em voto de sua lavra, explica a origem dessa distinção. Em seus dizeres,

esta diferença de valoração de comportamentos semelhantes entre os sistemas jurídicos de influência romanista, de uma parte, e o sistema jurídico inglês, de outra parte, encontra sua verdadeira explicação no fato de que a França, a Itália e a Espanha obedecem os princípios concernentes ao estado da pessoa: um julgamento sobre a filiação produz efeitos *erga omnes* e deve, por essa razão, ter em conta a verdade biológica, ao passo que na Inglaterra as questões atinentes ao direito de filiação são sempre examinadas enquanto questões prejudiciais autônomas, incidentes, no âmbito de processos de alimentos ou relativos à sucessão.

¹ MACIÁ, Antônio Borrel. *La persona humana*. Barcelona: Bosch, 1954, p. 31.

² O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA. *Grandes Temas da Atualidade*. DNA como Meio de Prova de Filiação. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

³ Direito indisponível à verdade histórica - exame compulsório de DNA. *Revista "Jurisprudência Mineira"*, Belo Horizonte, ano 52, vol. 156, p. 35, junho de 2001.

⁴ Voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 76.060-4 - Santa Catarina, *Ementário do STF* 1910-01.

A Alemanha apresenta entendimento diverso. Para o direito deste país, é permitida a colheita compulsória de material para a realização do exame de DNA, por entender não existir qualquer agressão à integridade corporal na retirada de pequena quantidade de sangue. Legitimidade maior foi atribuída a esse entendimento quando o Tribunal Constitucional Federal incluiu, entre os direitos gerais da personalidade, o direito ao conhecimento da origem genética.

Nos Estados Unidos, a legislação de diferentes estados tem adotado a mesma postura do direito alemão. É a regra do *Uniforme Parentage Act*⁵, de 1973, segundo a qual devem as partes se submeter aos exames requeridos, sob pena de sujeição compulsória.

O entendimento jurisprudencial

Ao julgar o *Habeas Corpus* 71.373-4, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que nenhuma pessoa poderia ser forçosamente conduzida a submeter-se a exame de DNA. O acórdão, que é sempre citado quando se retoma essa discussão, possui a seguinte ementa:

Investigação de paternidade - Exame de DNA - Condução do réu 'debaixo de vara'. - Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos⁶.

Embora vencido, o voto do Ministro Francisco Rezek⁷ trouxe elementos marcantes à discussão. Nos seus dizeres, “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador”.

Para o Ministro Ilmar Galvão⁸, também vencido no julgamento, os interesses patrimoniais não podem ser considerados preponderantes. Em suas palavras,

não se busca, com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho, posta em dúvida pelo próprio réu ou por outrem. Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

A questão ainda se encontra controversa, com jurisprudências que se dirigem em ambos os sentidos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Quarta Câmara, já decidiu que terceiro não pode ser levado a submeter-se a exame de DNA compulsoriamente, mas que tal hipótese seria permitida com relação às partes no processo. Entendeu que “a prova de paternidade deve restringir-se às partes no processo” e que “quem não é parte na ação não pode ser compelido a submeter-se ao exame da paternidade, para o que não há amparo legal⁹”.

⁵ “... The court may, and upon the request of a party shall require the child, mother or alleged father to submit to blood tests”.

⁶ Ementário do Supremo Tribunal Federal, 1.851-02/397.

⁷ Voto minoritário no HC 71.373.

⁸ Voto minoritário no HC 71.373.

⁹ Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 84, v. 715, p. 140, maio de 1995.

Entendimentos ainda mais polêmicos têm sido manifestados por vários tribunais brasileiros, dentre eles o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no sentido de que não seria obrigatória a submissão ao exame de paternidade, mas que a recusa do investigado deveria ser interpretada como presunção de paternidade. Nesse sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou pelo reconhecimento da paternidade, baseando-se na recusa ao exame, entendendo-a como indício de paternidade a ser somado às provas carreadas aos autos¹⁰.

Percebe-se um longo caminho a ser percorrido pela jurisprudência brasileira antes que haja um pacífico entendimento acerca da matéria.

Entendimento consolidado também não existe nas Seções do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. A Primeira Seção tem entendido pela impossibilidade da realização compulsória do exame, ao argumento de que “o direito à integridade física poderá impedir que, contra vontade da pessoa em causa, lhe seja extraído sangue com vista à realização do exame de que se fala; mas, neste caso, a sua tutela termina aí, dado que a falta de razão séria para tal atitude não impede que o visado sofra, por isso, outras conseqüências, designadamente quanto à produção de prova”¹¹. Em sentido contrário se posiciona a Segunda Seção, para a qual “as relações de filiação são de interesse direto e imediato do Estado, defendendo valores de certeza, segurança e paz social”¹².

Conclusão

A questão tratada apresenta-se ainda como alvo de discussões, sem que se tenha chegado a um consenso sobre a realização compulsória do exame.

Parece o critério mais razoável a ser adotado o apontado pelo Ministro Francisco Rezek, que segue a linha do direito alemão e do norte-americano.

Analisando-se a questão à luz do princípio da proporcionalidade, tem-se que a agressão física representada pela colheita de material para a realização do exame é absolutamente irrisória, se comparada aos valores tutelados pelo direito, quando do reconhecimento da paternidade.

A análise do princípio da incolumidade física não pode ser absoluta, principalmente quando se trata de sua oposição a um interesse social de extrema relevância, representado pela tutela da dignidade do ser humano, que tem questionada a sua paternidade.

Bibliografia

ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, José Rubens. ‘Direito indisponível à verdade histórica - exame compulsório de DNA’. *Revista “Jurisprudência Mineira”*, Belo Horizonte, ano 52, v. 156, junho de 2001.

¹⁰ Assim se pronunciou o STJ no julgamento do REsp 165.373-RS, DJU de 16.08.99.

¹¹ Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 1ª Seção, Proc. 635/96, Rel. Ribeiro Coelho, j. em 20.05.1997.

¹² Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 2ª Seção, Rev. 1.131/98, Rel. Cons. Peixe Pelica, j. em 03.02.1999.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. DNA como Meio de Prova de Filiação. *Grandes Temas da Atualidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACIÁ, Antonio Borrel. *La persona humana*. Barcelona: Bosch, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 84, v. 715, maio de 1995.

REVISTA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. São Paulo: Lex Editora, v. 99, março de 1986.

REVISTA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. São Paulo: Lex Editora, v. 111, março de 1988.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. I. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de paternidade*. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

STALTERI, Marcelo. Genética e Processo: la prova del "dna fingerprint". *Riv. Trimestr. Dir. e Proc. Civile*, Ano XLVII, nº 1, março de 1993.

-:-:-