ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRESUMPTION OF PATERNITY

Viviane Salviano Fialho*

RESUMO: A temática que se pretende analisar versa sobre a ação de investigação de paternidade, tendo em vista a recusa do suposto pai de se submeter ao exame, e o direito do filho de ter reconhecida a sua paternidade. No entanto, o que se percebe é uma colisão de direitos. Nesse ínterim, surge o princípio da dignidade da pessoa humana. O escopo do artigo será o deslinde da controvérsia, a fim de se saber qual direito prevalecerá, à luz das considerações legais e jurisprudenciais em torno da questão.
Palavras-chave: Investigação de paternidade. Colisão de direitos. Exame de DNA. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The theme to be examined is about the action of investigation of paternity considering the supposed father's refusal to submit to examination and on the other side the right of the child to have recognized the paternity. However, what we notice is a collision of rights. In the meantime emerges the principle of human dignity. The intent of the article will be to solve the controversy in order to know which right prevails under the legal and jurisprudential reasons around the issue.
Keywords: Investigation of paternity. Conflict of rights. DNA examination. Principle of human dignity.

* Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Anteriormente, tinha-se uma visível proteção da entidade familiar como uma instituição intocável e que merecia todas as formas de garantia que o direito lhe pudesse proporcionar. Assim, tinha-se a prevalência da instituição familiar em detrimento do indivíduo considerado em si mesmo. Hodiernamente, tem-se um novo enfoque axiológico das relações privadas, as quais se encontram imbuídas nos ideais da dignidade da pessoa humana, norte para a concretização de todos os direitos fundamentais. No concernente à filiação, tem-se uma despatrimonialização desse tipo de relação. O que era eminentemente voltado a características patrimoniais tem, com a nova tábua axiológica oferecida pela Constituição, uma nova característica, notadamente relacionada à afetividade.

O reconhecimento de um filho havido fora do casamento abarca questionamentos a respeito da condição desse filho. Dessa forma, para que este tenha sua paternidade reconhecida diante da negativa do pai de reconhecê-la voluntariamente, o filho deve proceder a uma ação de estado, especificamente a ação de investigação de paternidade. Essa ação, no entanto, levanta algumas hipóteses de extrema relevância, uma vez que, para a afirmação segura da paternidade presumida, o pai deve se submeter ao exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), tido hodiernamente como uma das formas mais seguras de estabelecimento do vínculo de parentesco.

Nesse aspecto, a questão que se avulta relaciona-se ao constrangimento do pai à submissão ao exame, tendo em vista a proteção de seus próprios direitos fundamentais, dentre os quais o da intangibilidade do corpo humano e o da intimidade. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que a recusa de submissão ao exame leva à presunção *juris tantum* (relativa) da paternidade. Outrossim, tem-se o direito do filho de ter sua paternidade reconhecida, visando à concretização de sua identidade e de seus direitos de personalidade. Ademais, no que tange os direitos decorrentes do reconhecimento tem-se o direito a alimentos e à sucessão. O escopo principal do artigo será o deslinde da controvérsia, a fim de se saber qual direito prevalecerá. Com isso, far-se-á uma pesquisa acerca dos direitos fundamentais e sua aplicação nas relações

privadas. Além disso, explanar-se-á acerca dos meios de prova admitidos em direito e o exame de DNA como prova crucial de comprovação da paternidade, analisando, nesse aspecto, a negação de submissão ao exame como prova cabal da paternidade presumida.

2 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Com a ascensão do neoconstitucionalismo, percebe-se uma visível mudança no eixo do ordenamento jurídico. O que antes se preocupava exclusivamente com as relações privadas, hodiernamente volve-se para as normas constitucionais, especificamente ao conteúdo dos direitos fundamentais, que assumem papel proeminente no que diz respeito à submissão do princípio da legalidade. Isto era assim em virtude dos próprios ideais que norteavam as relações subjetivas. Assim, a lei atuava como instrumento de defesa da esfera privada, uma vez que a liberdade dos cidadãos era assegurada à medida que o Estado não interferia nas relações entre os particulares (MARINONI, 2006, p.31).

Os direitos fundamentais, como instrumentos de proteção do gênero humano que são, surgiram com o escopo de tutelar o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Alexy (2008, p.523) informa que o sistema jurídico pode ser concebido sob duas perspectivas: uma normativa e outra atinente às posições e relações jurídicas. O enfoque, então, diz respeito às posições e relações jurídicas. Se o problema se referisse à relação Estado-cidadão não haveria discussão, tendo em vista que a fundamentalidade desses direitos ensejam uma relação de vinculação dos poderes públicos a eles. A questão relativa à aplicação dos direitos fundamentais nas relações cidadão-cidadão é de tal forma controversa que abarca outras perspectivas, notadamente no concernente à colisão de direitos fundamentais, porque, enquanto na relação Estado-cidadão somente um possui direitos fundamentais, nas relações cidadão-cidadão depara-se com dois titulares desses direitos (ALEXY, 2008, p.528). Nesse sentido, assevera Jane Reis:

> O que é peculiar ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é que, nestas, ambas as partes envolvidas são titulares de direitos. Tal aspecto importa

> em reconhecer que, nas relações privadas potencialmente lesivas a direitos fundamentais, forma-se uma complexa rede de direitos e deveres, que se limitam e condicionam mutuamente. O cerne do problema, repita-se, reside em saber como – com base em que recursos hermenêuticos, com que limites – coordenar os direitos em jogo. (PEREIRA, 2006, p.143)

Com fulcro nisso, não se pode admitir que os direitos fundamentais sejam oponíveis unicamente ao Estado. Tendo em vista a reformulação do princípio da legalidade e os novos paradigmas da sociedade, tem-se a inserção dos direitos fundamentais também nas relações privadas, sendo aplicados horizontalmente entre os particulares. Segundo Canotilho (1996, p.595):

> Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o 'referente' de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.

O problema é, então, como se daria a aplicação desses direitos, tendo em vista que as relações entre particulares devem ser norteadas pela igualdade e coordenação de interesses.

Tentando solucionar o impasse, Jane Reis (2006, p.148-149) traz à tona que a finalidade dos direitos fundamentais é assegurar a autonomia e a dignidade dos indivíduos. Nesse ínterim, qualquer tentativa de supressão desses aspectos configura uma violação, ensejando a aplicação dos direitos fundamentais. Além disso, os direitos fundamentais atuam como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado (CANOTILHO, 1996, p.600).

O maior problema é de saber se a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas postergaria a autonomia privada, pois a todo momento os direitos fundamentais poderiam ser invocados para opor óbices à conduta dos particulares. Na realidade, este pensamento é equivocado, uma vez que, tomando a autonomia da vontade como direito fundamental, ela não poderia sempre padecer de restrição absoluta, porquanto não é permitida uma hierarquização axiológica entre os direitos fundamentais, por mais que alguns, à primeira vista, pareçam mais importantes.

Ademais, o conteúdo em dignidade humana assente nos direitos fundamentais não permite o seu total afastamento, porquanto se configuram como pressupostos de existência do próprio indivíduo.

3 CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Diante da aceitação da possibilidade de aplicação das normas de direitos fundamentais às relações privadas, percebe-se que pode haver o ensejo de conflitos de interesses igualmente tutelados pela ordem constitucional. Neste caso, o que se vislumbra é que, diante da tentativa de exercício de um direito fundamental titularizado por um indivíduo, ocorre a obstaculariação através do exercício do direito fundamental de outro indivíduo distinto. Empregando os conceitos já esclarecidos à casuística que se pretende analisar, tem-se, diante da negativa do pai de se submeter ao exame de DNA, um obstáculo imposto à concretização do direito do filho de ter a sua paternidade reconhecida e dos direitos dela decorrentes.

A sistemática da Constituição de 1988 trouxe em seu bojo uma grande preocupação com os direitos da criança e do adolescente. O art. 227, *caput,* consagra como dever da família, da sociedade e do Estado a proteção a esses direitos, acima de tudo. Coaduna-se a essa sistemática a lei 8.072 que adveio em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, tem-se uma ampla proteção desses direitos que advieram, sobretudo, diante da necessidade de proteção dos hipossuficientes, tal qual ocorre com o idoso e com o consumidor. Com efeito, a gama de proteções que é proporcionada é bem ampla, inclusive no concernente aos filhos havidos fora do casamento, equiparando-os aos filhos havidos dentro desta relação, mitigando, de certa forma, a força dessa instituição em favor do indivíduo.

Diante desse quadro, não se pode olvidar que há também um ser humano do outro lado da relação jurídica, isto é, o suposto pai. É por isso que, conquanto haja uma extrema preocupação do legislador constituinte em proteger os direitos das crianças e dos adolescentes, há também outros direitos igualmente tutelados constitucionalmente referentes ao suposto pai. Assim é que se dá a colisão desses direitos fundamentais diante do confronto entre o

filho e o suposto pai em uma ação de investigação de paternidade.

Nessa esteira é que se podem coligir argumentos às duas partes, devendo-se, ao final, aferir pesos aos direitos, a fim de solucionar a controvérsia acerca de que direito deve prevalecer, em face dos princípios insculpidos na Constituição Federal.

3.1 ARGUMENTOS EM FAVOR DO PAI PRESUMIDO

Em favor do pai pode-se dizer que:

a) proteção da integridade corporal: justifica-se pelo fato de ser corolário do direito à vida, pois é no corpo que esta se realiza. Assim, a submissão forçosa do pai ao exame de DNA violaria esse direito, visto que a cessão de material para a feitura do exame implicaria na violação de um elemento que integra o seu corpo. A violação à integridade corporal pode se afigurar tão grave que pode ensejar responsabilização penal (lesões corporais, crime tipificado no art. 129 do Código Penal);
b) intimidade: refere-se ao direito que o indivíduo tem de se preservar de intromissões alheias, de poder se conservar em sua esfera individual e privada, à sua faculdade de manter em segredo tudo o que se refere ao seu individualismo. O fato de o Poder Judiciário adentrar nessa esfera configuraria uma violação a esse direito, exercido quando o indivíduo resolve guardar aspectos de sua vida em segredo, sem que possa ser legalmente coagido a externá-los;
c) legalidade: quando a discussão recai sobre o princípio da legalidade, os argumentos tornam-se mais fortes em favor do pai. Esse princípio expressa que ao cidadão nada será obrigado ou proibido, senão em virtude de lei expressa nesse sentido. A instituição desse princípio foi de extrema importância para o que se tem hoje por Estado Democrático de Direito. A partir desse momento, o cidadão não viveria mais em um estado de polícia, mas em um estado de legalidade, através do qual o Estado se submete ao comando das leis e respeita a esfera de liberdade dos indivíduos. Vislumbrando o problema sob essa óptica, dessume-se que o fato de uma

obrigação ou proibição deve estar expressa em lei; exprime que o legislador deve atuar positivamente para impor essa obrigação ou proibição. Em caso de intervenção na liberdade, a restrição deve vir consagrada no próprio texto constitucional.

3.2 ARGUMENTOS EM FAVOR DO FILHO

Agora, tratar-se-á dos argumentos em favor do filho:

a) direito de personalidade: os direitos de personalidade têm importância primordial para as relações jurídicas, pois é através deles que o indivíduo poderá adquirir a capacidade para exercer todos os atos da vida civil. Após a 2ª Guerra Mundial, diante de tantas violações desses direitos, percebeu-se que o direito tinha o dever de tutelá-los. Segundo Maria Helena Diniz (2007, p.117), eles se expressam sob duas vertentes: uma axiológica na qual se materializam todos os "valores fundamentais da pessoa" e a outra objetiva, pela qual consistem em direitos tutelados pela ordem jurídica contra qualquer tipo de abuso. De acordo com a primeira concepção seriam, então, inerentes a todo ser humano, entendidos lapidarmente por Maria Helena Diniz como "direitos subjetivos (...) de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial" (2007, p.118);
b) identidade: esse direito se apresenta como corolário do anterior. Seria, dessa forma, a maneira com que o indivíduo se identifica perante a sociedade, notadamente através do nome, sendo a sua violação suscetível de indenização. Toda criança, da mesma maneira, também tem um direito à identidade, a qual será possibilitada através de seu reconhecimento por seus genitores;
c) direito a alimentos: do reconhecimento da paternidade decorre, ainda, o direito a alimentos. A obrigação de prestar alimentos fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar (DINIZ, 2006, p.550). Trata-se de um direito personalíssimo que se presta a tutelar a vida, a saúde e a integridade física do indivíduo, visto que tem certo cunho

patrimonial que possibilita a sua subsistência. Por esse motivo é que a ação de alimentos é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer momento, provada a necessidade do alimentando. Ademais, o interesse público é notório, pois, conforme as demais ações de estado, enseja a intervenção do Ministério Público. A sua importância é tão grande que o Código Penal prevê no art. 244 o crime de abandono material, configurado na falta de pagamento de pensão alimentícia sem justa causa. Coaduna-se com a previsão constitucional de prisão em caso de "inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (art. 5º, LXVII, Constituição Federal), excetuando-se da proibição de prisão por dívida.

3.3 SUPERAÇÃO DO PROBLEMA

Diante de todo o exposto, notório é o conflito de interesses. Para a solução, é importante expor a teoria dos status de Jellinek. Esse jurista alemão desenvolveu essa teoria baseado no fato de que os direitos fundamentais asseguram aos seus titulares posições jurídicas em relação ao Estado. Nesse sentido, volvendo-se ao princípio da legalidade anteriormente analisado, destaca-se o status negativo. Segundo Jellinek, quando o cidadão se encontra nesse *status*, ele tem uma esfera de liberdade na qual o Estado não pode interferir, onde "os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo" (*apud* ALEXY, 2008, p.258). Essa ação do indivíduo deve ser, contudo, irrelevante juridicamente, ao contrário, enseja a submissão ao crivo do Estado.

Diante dessa perspectiva, percebe-se um visível interesse do Estado na ação investigatória. O Código de Processo Civil (CPC) impõe, no art. 82, que cabe ao Ministério Público intervir nas causas em que haja interesse de incapazes e nas concernentes ao estado das pessoas. Assim é visível o interesse público na 8.560/92, em seu art. 2º, §4º, que prevê a competência do Ministério Público para ingressar com a ação de investigação de paternidade, havendo elementos suficientes para tal.

Neste caso deverá se proceder a uma restrição através do princípio da proporcionalidade. As normas de direitos fundamentais trazem ínsito em si o princípio da proporcionalidade, pois, por comportarem diversos graus de concretização, possuem várias possibilidades de aplicação, devendo ser ponderados em hipótese de conflito no caso concreto. Trata-se de limites imanentes em face da necessidade de solução do conflito. Assim também entende Suzana de Toledo Barros (2003, p.104) ao asseverar que "o princípio da proporcionalidade é concretizado diretamente da essência dos direitos fundamentais e a ausência de cláusula sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em nossa Constituição não obsta ao seu reconhecimento".

Os direitos fundamentais se expressam como princípios e, como tais, tendem a conflitar. Princípios são mandamentos de otimização e não podem ser totalmente expungidos de um ordenamento jurídico. Brilhante é o pensamento de Alexy nesse sentido (2008, p.116-117). Esse aspecto também transparece na lei:

> [...] há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. [...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Para dirimir essa tensão, a Constituição deve oferecer mecanismos idôneos a interferir no âmbito dos direitos fundamentais a fim de restringi-los e, com isso, é avultada a importância do princípio da proporcionalidade. Assim, esse princípio funciona como o cânone hermenêutico-constitucional da concordância prática que implica na "coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros" (CANOTILHO, 1996, p.228). Suzana de Toledo Barros (2003, p.170), citando Konrad Hesse explica:

> O princípio da concordância prática, formulado por Hesse,

> exprime exatamente a idéia de harmonização e de equilíbrio entre os bens jurídicos: devem ser coordenados de tal modo na solução do problema, que todos eles conservem sua identidade. Essa diretriz metodológica decorre precipuamente da ausência de uma ordem hierarquizada entre os valores constitucionalmente consagrados. Não se pode, portanto, na solução de colisões de direitos, sacrificar um a custa do outro, porque a Constituição garante proteção a todos eles.

3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PACIFICADORA DO PROBLEMA

Nesse ínterim, surge a dignidade da pessoa humana como limite às restrições imprimidas aos direitos fundamentais. Este princípio foi consagrado constitucionalmente no art. 1º, III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Com efeito, a importância desse princípio ultrapassa o rol dos direitos fundamentais, encontrando albergue em toda a ordem constitucional e infraconstitucional. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (2002, p.28) ensina:

> [...] o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos.

A dignidade da pessoa humana apresenta uma eficácia interpretativa, ao qual todo o conteúdo constitucional deve convergir. Ela não deve ser apenas um meio para a concretização dos fins do Estado, mas também deve ser um fim em si mesma, guardando em seu bojo todo o conteúdo dos direitos fundamentais. Em uma concepção jusnaturalista, a dignidade da pessoa humana é anterior ao próprio direito positivo, sendo inerente à condição de ser humano.

Sabe-se que a Constituição recepciona princípios e direitos fundamentais não expressamente previstos no corpo de seu texto, de tal sorte que, todos aqueles direitos que não se encontram consagrados na Constituição,

mas tenham um núcleo em dignidade humana podem, indubitavelmente, ser elevados à categoria de direito fundamental. Daí é que se entende que, quando se tratar de restrições aos direitos fundamentais, somente se pode chegar até o ponto em que não se atinja o seu núcleo em dignidade humana, assente em todo direito fundamental.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana tanto pode ser vislumbrado em relação ao filho, no que tange aos seus direitos decorrentes do reconhecimento, como em relação ao suposto pai, tendo em vista que ele pode se proteger sob o manto da dignidade humana para não ter de se submeter forçosamente ao exame. Entende-se aqui que, no primeiro caso, ela se apresenta de maneira positiva, possibilitando a aquisição de direitos, enquanto que no segundo, de maneira negativa, porquanto nesta ela se mostra como um direito de defesa.

O entendimento albergado aqui é o de que, diante de tudo o que já foi dito, a dignidade humana tem mais força em relação ao filho, porque a simples escusa injustificada do pai não pode lhe retirar direitos de tamanha importância, mormente quando se trata de sua firmação como ser humano e de sua subsistência.

4 DAS PROVAS ADMITIDAS EM DIREITO: O EXAME DE DNA COMO PROVA CABAL DA PATERNIDADE

Aos direitos do filho pode, ainda, ser colacionado o seu direito de ação, também visualizado como um direito fundamental. Com efeito, trata-se de verdadeiro direito público subjetivo (MONTENEGRO, 2007, p.111), conferido constitucionalmente ao cidadão quando diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). Segundo Misael Montenegro, "a ação conduz em seu bojo o direito material que a parte interessada alega tenha sido violado (ou encontre-se em vias de ser) em vista do comportamento assumido pela outra parte do conflito de interesses" (2007, p.109).

O direito ao reconhecimento é, de fato, tão importante, que o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento na súmula 149 de que ela é imprescritível, servindo de garantia ao investigante de sempre

poder recorrer a esse direito como proteção ao seu direito fundamental de ser reconhecido.

O simples ingresso da ação, contudo, não garante ao filho o seu reconhecimento. Ao ser proposta, o juiz deve possibilitar o contraditório e proceder à instrução probatória. O que interessa, aqui especificamente, é o que diz respeito às provas.

O juiz, ao formar o seu convencimento, recorre a provas, as quais objetivam trazer à tona os pressupostos fáticos encartados no processo e que, em uma definição mais jurídica, consistem em instrumentos definidos em lei (daí a proibição de provas ilícitas) e admitidos pelo direito com o escopo de dar veracidade aos fatos alegados. Nesse ínterim, tem-se o ônus da prova, que cabe ao autor quando se tratar de fato constitutivo do direito, cabendo ao réu se for modificativo, impeditivo ou extintivo. Assim, adotando o entendimento de Marinoni (2008, p.267), coloca-se o juiz em posição de dúvida acerca dos fatos alegados, devendo ela ser sanada através da prova dos fatos.

Dessa forma, vislumbra-se, com a evolução científica da modernidade, um meio de prova idôneo a demonstrar com segurança a prova da paternidade presumida: o exame de DNA. O mesmo constitui-se do meio mais empregado quando se trata de provar a paternidade. Com efeito, o exame oferece um elevado grau de segurança no que tange à comprovação dos fatos, alcançando um nível de certeza de 99,99%.

No entanto, o problema que é avultado diz respeito à negativa do pai de se submeter ao exame e se, diante disso, ele pode ser forçado a realizá-lo. De fato, o exame de DNA surge como prova crucial da comprovação da paternidade, tendo em vista o seu grau de segurança e certeza.

O art. 130 do CPC dá a permissão ao juiz de determinar as provas necessárias à instrução do processo, devendo, contudo, manter-se atrelado ao princípio dispositivo (MONTENEGRO, 2007, p.461). A colheita de provas deve ser feita dentro dos parâmetros da lei e da moral, conforme especifica o art. 332 do CPC. Nesse contexto é que surge o exame de DNA que será classificado como prova pericial diante da necessidade de ser auferida por peritos especializados na matéria, pois foge ao conhecimento do "juiz médio" (MARINONI, 2008, p.380).

Com isso, o juiz buscará a verdade jurídica que será auferida através da verdade científica trazida no bojo do exame de DNA. Maria Helena Diniz entende a importância disso ao asseverar que:

> Isto é assim porque saber a verdade sobre sua filiação é um superior interesse, que nenhuma lei pode frustrar, por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica. Limitar a obtenção da verdade sobre a paternidade ou maternidade é ato que não mais se coaduna com os avanços científicos capazes de determinar a real filiação. (DINIZ, 2006, p.486).

O problema se configura quando o órgão judicante determina a feitura do exame e, diante dessa imposição, o suposto pai se recusa a fazê-lo, invocando os direitos já arrolados anteriormente.

Neste caso, poderia se deduzir que o ônus da prova cabe à parte autora, visto que se trata de fato constitutivo de direito seu. Todavia, Marinoni afirma que "existem particulares situações de direito material que não apenas justificam a convicção de verossimilhança, mas vão além, justificando a inversão do ônus da prova" (2008, p.274). Assim, diante da impossibilidade de o autor provar o fato constitutivo, sendo muito mais fácil ao réu provar a sua inexistência, é que se impõe a inversão do ônus da prova e consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, até que se prove o contrário. A inversão do ônus da prova deve ocorrer, então, "quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo" (MARINONI, 2008, p.274).

Esse entendimento decorre da própria sistemática do ordenamento jurídico. O Código Civil (CC), art. 231, veda que a negativa em se submeter ao exame pericial aproveite àquele que se recusou. Assim, a recusa suprirá a prova que se pretendia obter com o exame (art. 232, CC). O STF, ao julgar o controvertido HC 71.373-4/RS entendeu pela impossibilidade de "condução do réu debaixo de vara" para a realização do exame de DNA, punindo o investigado desidioso, interpretando contra si a recusa. O STJ consolidou o entendimento através da edição da súmula 301, *in verbis*: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de

DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Desses excertos legais e jurisprudenciais infere-se que a negativa pode, ainda, caracterizar litigância de má-fé, pois o réu poderá pugnar pela improcedência do pedido autoral com base na insuficiência de provas. Coaduna-se com o disposto no art. 339, CPC, que impõe que todos devem colaborar com o Poder Judiciário na obtenção da verdade dos fatos. Assim o réu que, sabendo da relevância do exame de DNA, exime-se de se submeter a ele, não está agindo com a lealdade que o processo civil reclama, caracterizando, portanto, má-fé de sua conduta; e ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o direito do filho (investigante) de ter sua paternidade reconhecida sobrepuja o direito do pai (investigado) de se eximir da submissão ao exame de DNA, pois a insignificante oferta de um fio de cabelo, de saliva ou de apenas algumas gotas de sangue, que são materiais que servem para auferir o resultado pretendido, não atinge os direitos anteriormente arrolados, isto é, não atinge o núcleo essencial que deve ser preservado quando se trata de restrições a direitos fundamentais.

Por mais que se tenha a família como instituição protetora da dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar que esse princípio ultrapassa qualquer tipo de óbice e não pode ficar condicionado à existência de uma instituição. Dessa forma, mesmo que o filho que pleiteia o reconhecimento tenha sido concebido fora do casamento, tem o mesmo direito de ter sua identidade firmada.

Ademais, é manifesta a insatisfatoriedade no desfecho da lide diante da recusa, não obstante a presunção a que se referem o art. 232 do Código Civil e a súmula 301 do STJ. Assim, para que seja firmada a identidade do investigante, o Judiciário deve impor a feitura do exame, sob pena de estar violando a dignidade humana do filho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 5 v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Correspondência | Correspondence:

Viviane Salviano Fialho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: vivianesalviano@hotmail.com

Recebido: 10/03/2009.
Aprovado: 28/03/2010.