

## CONDUÇÃO COERCITIVA PARA PRODUÇÃO PROBATÓRIA: RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.

### *DRIVING COERCIVE EVIDENTIAL PRODUCTION FOR RECOGNITION OF PATERNITY*

<sup>1</sup>ELIAS, R. A.

#### RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo demonstrar a ilegalidade da condução coercitiva de suposto genitor em processo judicial que vise ao reconhecimento da paternidade em relação ao autor da ação em nosso direito civil hodierno e constitucional.

**Palavras chave:** Reconhecimento de paternidade – Produção probatória – Condução coercitiva – Ilegalidade.

#### ABSTRACT

This research paper aims to demonstrate the illegality of the conduct alleged coercive parent lawsuit aimed at the recognition of paternity in relation to the plaintiff in our today's constitutional and civil rights.

**Keywords:** Acknowledgment of paternity - probative Production - Driving coercive – Illegality

#### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar de forma sucinta, a ilegalidade da condução coercitiva para o fim de produção probatória em processual judicial que vise o reconhecimento de paternidade. De como a defesa de tal possibilidade afronta a ordem jurídica do direito civil vista na ótica constitucionalista.

O estudo foi feito a partir de uma perspectiva garantista constitucional. Princípios como a legalidade, a não produção de provas contra si mesmo, a não exclusão de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF) a ampla defesa, a intangibilidade e integridade física, a intimidade (art. 5º, X da CF) são violados, quando se defende a condução coercitiva e, em que pese seus fundamentos, não merece acolhida, pois viola garantias constitucionais superiores, abrindo-se precedentes desnecessários.

Nenhum direito, garantia ou princípio é absoluto, claro, no entanto, apenas excepcionalmente é que se deve relativizar, contrabalancear, sopesar algum direito em detrimento de outros. Há alternativas viáveis e possíveis, como é o caso da presunção de paternidade, nos casos em que o suposto pai, quando demandado se recusa a realizar o exame de forma injustificada.

---

<sup>1</sup>Autor. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, Advogado e pós graduando em Direito Civil e Processual Civil pelo Pró-Juris Estudos Jurídicos.

## 2. FUNDAMENTOS

Conduzir o suposto pai de forma coercitiva, sem dúvida que viola direitos e garantias fundamentais, também viola a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que pese, num primeiro momento, poder-se vislumbrar a fundamental e necessária tutela do hipossuficiente, a criança ou adolescente que precisa da prestação alimentar diante de um suposto pai recalcitrante em cooperar no processo de reconhecimento de paternidade, como já dito acima, há outros meios hábeis sem que seja necessário o sacrifício de direitos e garantias fundamentais.

O princípio da não produção de provas contra si mesmo é um princípio que não vem expresso em nossa Constituição ele é tácito, e extrai-se o seu entendimento do artigo 8º, item “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (da qual o Brasil é signatário), que não refere-se somente ao direito penal, mas também aos seus demais ramos.

Há um julgamento do Supremo Tribunal Federal de um *Habeas Corpus* do Rio Grande do Sul, em que o impetrante é o próprio paciente, de 1994, exatamente sobre o assunto, da qual segue a ementa para clarear sobre o assunto e demonstrar a sábia posição da Suprema Corte brasileira. Segue:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF – Pleno – HC nº 71.373-4/RS, julgado em 10.11.1994)

Em que pese a data, o assunto ainda é muito atual e polêmico, pois muito forte também o direito à vida e a dignidade da pessoa humana da criança que, não tendo como se sustentar, depende dos pais para se manter.

O réu alegou diversos princípios que estariam sendo violados com a decisão da juíza de 1ª instância e posteriormente mantidos em instância superiora, cita também o artigo 332 do Código de Processo Civil que diz: “Todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.”.

O enunciado nº 301 da súmula do STJ diz que: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

Nesse sentido, combinando com o enunciado acima, o artigo 334 e seu inciso IV do Código de Processo Civil afirma que não dependem de prova o fato que ao seu favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

Eis aí a alternativa jurídica em que permite desconsiderar a possibilidade de condução coercitiva para coleta de material genético para exame de paternidade. Essa presunção como diz o enunciado é *juris tantum*, ou seja, presunção relativa, comportando assim prova em contrário para desconstituí-la e, tal presunção deve ser analisada com todas as demais provas, essa presunção por si só não gera o efeito que se espera.

A lei nº 12.004 de 2009 trouxe o entendimento do enunciado da súmula acima comentado à lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que trata da regulamentação da investigação de paternidade, diz o artigo 2-A e seu parágrafo único:

Art. 2-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. - Parágrafo único. A

recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Esse artigo reitera o disposto no artigo 332, mas especificando para o fim de investigação de paternidade, tendo em vista estar inserido em lei específica sobre o assunto. Retirar sangue para exame a força não é moralmente legítimo, muito menos legal.

O impetrante também havia interposto recurso da decisão desfavorável, havia interposto um Recurso Especial, com fundamento central no art. 332 do Código de Processo Civil, aduzindo que havia sido dada interpretação diversa da qual era o entendimento do Tribunal de Justiça.

Interpôs também um Recurso Extraordinário, com fundamento central no art. 5º, inciso II que diz que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão por determinação legal; e inciso X, a saber: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

A ordem antecipadamente programada constitui ameaça de coação, porque a condução representará violência contra a liberdade de locomoção do Impetrante, cuja recusa foi expressamente manifestada nos autos. Na ordem dada há ilegalidade e abuso de poder, porque se executa medida restritiva de liberdade antes de axaurir-se o julgamento da matéria, pela suscitação nos recursos excepcionais.

Importa alertar para o inusitado da determinação, porque no ordenamento processual brasileiro a condução da parte só se concebe com o sentido de prisão.

O não comparecimento da parte pode acarretar sanções específicas, mas não autoriza que ela seja conduzida debaixo de vara. Em matéria penal o CPP é categórico: o acusado sofre os efeitos da revelia se citado inicialmente ou intimado depois, deixar de comparecer sem motivo justificado (art. 366); e ao querelante se aplica a consequência da perempção se ele deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deve estar presente (art. 60. III). em matéria civil a parte que intimada não comparecer sofrerá a pena de confissão (art. 343, § 3º, do CPC). Mas em nenhum caso está autorizada a condução coativa da parte. (Fl. nº 403 dos autos do HC mencionado, fl. nº 7 do arquivo digital disponibilizado pelo STF).

Veja o excerto do voto do Min. Néri da Silveira, de fl. nº 429 dos autos do mencionado HC e de fl. 33 do documento disponibilizado digitalmente:

Dessa maneira, penso que se resguardam os princípios constitucionais da privacidade e da legalidade, que favorecem ao paciente; não resulta do *decisum*, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, prejuízo definitivo ao autor, porque há uma consequência dessa negativa, qual seja a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame do DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame que sabe ser bastante preciso.

Neste trecho pode-se verificar o entendimento do Ministro no sentido de que não se terá prejuízo ao autor da ação, posto a presunção de veracidade da afirmação do autor.

**Exame hematológico. Recusa imotivada.** “Presume-se a paternidade de quem se recusa, imotivadamente, a realizar exame hematológico, traduzindo temor ao resultado, mormente quando há nos autos provas que corroborem ter existido relacionamento amoroso, entre o investigado e a genitora da investigante” (RT 778/266)

**Submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa de DNA.** Deve-se liberar do constrangimento o réu de ação de investigação de paternidade, não obstante, do HC em espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente. Hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, se impõe sua participação na perícia substantiva (STF, 1ª T., HC 76060-4-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 31.3.1998 [RTDCiv 2/189]). (NERY, Código Civil Comentado, pág. 510)

Na primeira decisão citada pela doutrina em comento, demonstra mais uma vez a importância de tal presunção estar relacionada a outras provas no mesmo sentido. Já na segunda decisão, o Min. Sepúlveda Pertence que no HC nº 71.373-4/RS indeferia o remédio constitucional, manteve sua posição neste ulterior acórdão.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo que “a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, aliado à comprovação do relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial”. A mesma Corte ressaltou, todavia, que não se presume a paternidade em caso de recusa de avós em fazer exame de DNA, não se podendo dar ao fato o mesmo efeito que se atribuiu ao próprio investigado.

Assentou o Superior Tribunal de Justiça, efetivamente, que a presunção relativa decorrente da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, não pode ser estendida aos descendentes, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível, enfatizando que “a recusa dos descendente, quando no polo passivo da ação de investigação de paternidade, em ceder tecido humano para a realização de exame pericial, não se reveste de presunção relativa e nem lhe impõe o ônus de formar robusto acervo probatório que desconstitua tal presunção”. (GONÇALVES, 2014, pág. 372-373)

O renomado autor Carlos Roberto Gonçalves cita uma jurisprudência de muito bom senso ao final do excerto acima, no sentido de não se imputar nenhuma culpa ou presunção a terceiros (parentes próximos), tendo em vista que quem deveria realmente figurar no polo passivo está morto ou desaparecido, por isso é que se demandam parentes próximos e que não deram causa alguma para estarem sendo demandados em juízo.

Segundo Maria Luiza Teixeira de Camargo antes do Código Civil de 2002, havia pelo menos três entendimentos, o primeiro era o de que quando o indivíduo recusava fornecer o material biológico tal comportamento se constituía em confissão de paternidade, pois estava tentando se desviar de um resultado que no fundo sabia ser desfavorável, o que se assemelharia a confessar implicitamente.

Uma outra posição era a de que a recusa seria como uma presunção de paternidade invocada, pois se o demandado na ação não era o pai, não teria porque temer a realização do exame, demonstrando assim sua intenção de ocultar o que sabia ser verdade, de que é o pai biológico do autor da ação, pois a realização de exame de DNA favorece a quem não é pai.

O terceiro entendimento em que os magistrados viam a recusa a realização do exame como um indício de paternidade.

Com o novo Código Civil foi firmado o entendimento de que o indivíduo demandado nesse tipo de ação, não é obrigado a fazê-lo, no entanto, haverá como consequência a presunção *juris tantum* de veracidade do pedido do autor, ou seja, que o recalcitrante é mesmo o pai biológico.

A mesma autora, cita as três classificações de colisões de direitos de Luciano Sampaio Gomes Rolim, a saber:

A primeira é a redução bilateral, em que é possível o exercício dos direitos fundamentais em conflito por meio de um processo que é limitativo a ambas as partes. O princípio da proporcionalidade é quem irá reduzir ou aumentar os direitos de um ou de outro, para protegê-los, beneficiando a ambos. É melhor que se use essa classificação, pois ambos podem receber tratamento idênticos com direitos conflitantes.

Há também a colisão de direitos com redução unilateral, nesta classificação é possível que ambos usufruam o direito, mas haverá relativização para apenas para uma das partes, pois, se assim não fosse, o outro seria extinguido. O princípio da proporcionalidade reduz o direito apenas para um para que a outra parte possa exercê-lo.

Na terceira classificação de colisão de direitos, há a colisão excludente, aqui, não é possível exercício concomitante de direitos em conflito, pois necessariamente o exercício de um aniquila o outro. Tendo em vista que nesta situação há a condenação de um direito fundamental, há que se

pesar bem, a necessidade de um em detrimento do sacrifício de outro, aqui é situação excepcional, somente usando esta situação quando não for possível as outras duas classificações.

Neste caso em concreto em que o direito fundamental a identidade genética do filho entra em colisão como direito do pai a liberdade, intimidade, vida privada, integridade física, dentre outros, o que se tem é a colisão excludente, ou seja, necessariamente haverá de ter o sacrifício do direito de um ou de outro, pois não podem coexistir. O autor do artigo defende que não seja sacrificado o direito do demandado, conforme já explicado, por haver consequência da recusa imotivada, qual seja, a presunção de paternidade, pois, caso contrário, caso não houvesse nenhuma consequência, não pugnaria pelo investigado, mas sim pelos direitos e tutelas do investigando.

Não me parece possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me pareceria razoável força-lo à ejaculação, para obtenção de esperma, nem forçar alguém a fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico.

Mesmo no processo penal, o réu pode ser citado para comparecer ao interrogatório e não comparecer. Poderá o Juíz, nesse caso, conduzi-lo coercitivamente ou terá que decretar a revelia ?

Mesmo que se admita que possa ou deva ser conduzido coercitivamente, não poderá ele se calar ? Claro que sim. Parece-me repugnar à natureza das coisas e à própria natureza humana compelir alguém, contra sua vontade, a servir como objeto de prova, com violação à intimidade até do corpo (art. 5º, inciso X, da C.F.).

Aliás, em situação como a dos autos, a recusa do paciente pode facilitar, ainda mais, o êxito da ação investigatória de paternidade, de sorte que não há prejuízo para a parte contrária.

O trecho acima foi do voto do Ministro Sydney Sanches, à fl. nº 425 dos autos e nº 29 do arquivo digital fornecido pelo sítio do STF. No excerto o Ministro compara o entendimento com outras situações semelhantes, demonstrando que esse tipo de entendimento não deve subsistir.

Mesmo que de forma sucinta, é preciso analisar os argumentos favoráveis a condução *manu militari*, que são totalmente compreensíveis e nobres.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça.”.

Este termo “sem qualquer restrição” não deve ser compreendido como absoluto, como autorizador de obrigar o investigado a se submeter a retirada de material biológico ainda que debaixo de vara, a força, parece descabido! Este termo é mais atinente a embaraços jurídicos, processuais e etc., mas não autorizador a aniquilar o direito fundamental do suposto pai de não produzir provas contra si mesmo.

Primeiramente, porque se trata de mero indício, insuficiente para autorizar uma presunção de paternidade suficiente para a prolação de sentença contrária ao réu, como ocorre em ações meramente obrigacionais.

Em segundo lugar, porque 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 pretenso 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 pretenso filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

Não é por outra razão que, nas ações da espécie, que são ações de estado (**status familiae**), a intervenção do Ministério Público é obrigatória (art. 82, II do CPC).

No confronto dos dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho, razão pela qual meu voto é no sentido de indeferir o **habeas corpus**.

Neste trecho, de folhas nº 415 à 416 do documento original e folhas 19 à 20 do arquivo digital, o Ministro Ilmar Galvão quer demonstrar a diferença no sentido de que tal presunção é

insuficiente no âmbito dos direitos personalíssimos, e não teria o mesmo resultado como em direitos obrigacionais.

Chama o impetrante de egoísta por exercer suas liberdades individuais constitucionais, o que precisa ser mais valorizado no Brasil. Em que pese a atuação do Ministério Público, isso por si só não autorizar comparar ao direito penal, em que existe a condução forçosa em decorrência de cometimentos de infrações penais. Infrações civis não são infrações penais.

De toda forma, com já dito, fortes e nobres são as razões para conduzir a força o indivíduo, como a recusa não fica totalmente sem efeitos práticos, deve-se rejeitar o uso da força, utilizando os meios que estão disponíveis, presumir ser o pai é um meio eficiente no entendimento deste autor.

### 3. CONSIDERAÇÕES

De um lado, o direito à vida, a dignidade e desenvolvimento do autor impúbere de outro, o direito a não produzir provas contra si mesmo, de recusar-se a fazer o que a lei não manda, de ter o seu corpo físico incólume.

No Brasil não é adotada uma corrente doutrinária em que obrigue o indivíduo a se submeter ao exame e nem uma que não obrigue e não haja consequências nenhuma. O que há é um meio termo, um entendimento híbrido da doutrina, mas principalmente da jurisprudência e legislação no sentido em que, recusando-se ao exame, haverá consequências, estas no sentido de presumir então que o demandante é o pai biológico, pois como dito na fundamentação dos votos vencidos no HC que é parâmetro no assunto, o suposto dano físico é irrisório, pois, caso aceitasse o exame, estando de consciência tranquila, se eximiria logo de todo o transtorno, mas como o demandado sabe, o exame de DNA ou ácido desoxirribonucleico é muito preciso, praticamente 100% para positivo ou negativo, por isso evoca seus direitos constitucionais.

Sem dúvida, em que pese os nobres argumentos em favor da coerção da medida, não merece prosperar pois, como já demonstrado, há de forma tranquila, meios hábeis para a declaração de filiação, que é a presunção *juris tantum*, ora, de começo, pela jurisprudência, sendo posteriormente reafirmada na lei de investigação de paternidade, a lei nº 8.560 de 1992, no seu artigo 2-A e seu parágrafo único. Portanto essa declaração judicial surtirá efeitos não somente no plano patrimonial mas também pessoal das partes.

No que tange a presunção em si, é importante haver sim a presunção, mesmo que relativa (como é), mas está a verdade dos autos, não a verdade real, que é o que se persegue com o processo judicial, não só em âmbito penal, mas também civil. Pois o interesse do instrumento (processo) é trazer à tona a verdadeira realidade dos fatos, mas para tal, tem-se a consciência da necessidade de realizar o exame objeto em comento, nesse caso, forçosamente. De toda forma, defendendo ou sendo contra tal condução, cada lado tem seus prós e contras, no entendimento deste autor, há que se usar a presunção da jurisprudência e da lei, não só com efeitos patrimoniais, mas juntamente com toda a instrução do processo, demonstrar o vínculo genético de paternidade ou não.

#### 4. REFERÊNCIAS

CAMARGO, Maria Luiza Teixeira de. A obrigatoriedade (ou não) de submissão do investigado ao exame de DNA nas demandas investigatórias de paternidade: Análise à luz da jurisprudência e das doutrinas pátria e estrangeira. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 24 de novembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS. Julgado em 10.11.1994. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

EQUIPE RT. Vade Mecum RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de Família, Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2014.

HOUAISS, Antonio; et. al. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª Ed., 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13ª Ed., 2013.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 30ª Ed., 2013.