



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2020.0000032306**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013223-81.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante M. DA C. A., é apelado P. H. C. (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES E J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2020.

**A.C.MATHIAS COLTRO**

**Relator**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª CÂMARA – SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO  
APELAÇÃO Nº 1013223-81.2016.8.26.0506 – VOTO Nº 41086  
COMARCA: RIBEIRÃO PRETO (1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES)  
RECORRENTE(S): M.C.A.  
RECORRIDO(S): P.H.C. (MENOR REP.)  
NATUREZA DA AÇÃO: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

**Ementa:** Investigação de paternidade c.c. alimentos – Requerido que muda de endereço sem qualquer comunicação, inviabilizando a realização de exame de DNA – Posterior alegação de nulidade – Não acolhimento – Recusa em submeter-se a exame que não gera presunção absoluta – Prova testemunhal que indica relacionamento da mãe da criança com o requerido, o que também foi por ele admitido – Paternidade bem reconhecida – Pensão alimentícia que comporta pequeno reparo, consideradas as peculiaridades do caso - Recurso parcialmente provido.

Ação: Investigação de paternidade, c.c. Alimentos.

Argumentos do autor: sua genitora teve um relacionamento com o requerido, resultando no seu nascimento em 27/07/2014. Apesar de ter uma vida confortável, o demandado não auxilia no sustento do filho.

Assim, pede o reconhecimento da paternidade, com fixação de pensão no valor equivalente a 1/3 dos rendimentos líquidos do alimentante e, se desempregado ou com trabalho sem vínculo, um salário mínimo.

Defesa (fls. 48/52): afirma que realmente teve um relacionamento com a mãe do menor, porém, fazia uso de preservativo,

“bem como a requerente afirmava que tomava anticoncepcional”. Disse ter sido surpreendido com a notícia e tem dúvida quanto à paternidade, não se opondo à realização de exame de DNA. Quanto à pensão, aduz ter outra filha e, desta forma, somente pode pagar pensão no valor de 17,04% do salário mínimo, inclusive porque está desempregado.

Sentença (fls. 180/186): julgou procedente a ação para reconhecer que o autor é filho do requerido, procedendo-se às retificações no assento de nascimento, e condenar o requerido ao pagamento de pensão no valor de 1/3 dos rendimentos líquidos ou 1/2 salário mínimo, se trabalhando informalmente ou desempregado, além do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa corrigido, observada a gratuidade processual.

Recurso (fls. 189/197): insurge-se o requerido, alegando cerceamento de defesa, pois não foi intimado quer para a realização de exame de DNA, como para audiência de instrução. Quanto à pensão alimentícia, aduz que não cuidou a autora em juntar prova de seus gastos, além de estar desempregado e ter outra filha, não podendo arcar com o montante estabelecido. No mais, sustenta que a paternidade não pode ser presumida. Assim, pede a anulação da sentença.

Não foram apresentadas as contrarrazões (fls. 201).

Nesta instância, emitiu a d. Procuradoria Geral de Justiça parecer pelo desprovimento (fls. 216/223).

**Tempestivamente interposto e presentes os requisitos de admissibilidade, fica o recurso recebido nos regulares efeitos.**

**Não consta oposição ao julgamento virtual.**

**É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.**

**O recurso não merece acolhimento.**

**De início e quanto à presunção de paternidade ante a recusa na realização de exame de DNA, valem algumas considerações, já expostas por este relator em caso outro e que pede-se venia para transcrever:**

“No sistema constitucional vigente tanto a privacidade como a intimidade são protegidas, conforme o art. 5º, incisos X e LXIII, da Carta Constitucional, pontuando, a respeito, o Professor José Afonso da Silva: "O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (right of privacy), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas" <sup>1</sup>.

Indubitável, como advertido pela Profª Ada Pellegrini GRINOVER, conforme, aliás, o que já referira García Medina e ainda que Musati o considere como antecedente à própria personalidade e à capacidade jurídica <sup>2</sup> - que o direito à intimidade deve ser tido como integrante dos direitos da personalidade, em múltipla feição <sup>3</sup>, estando inserido entre os direitos de primeira geração, suscetíveis de oposição ao próprio Estado <sup>4</sup>, a quem cabe, de outra parte, garanti-los, pois, "a Constituição criou uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem", como avisado por Franco

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 1990, p. 184

<sup>2</sup> Apud Maurício Benevides Filho, “Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico”, em Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Liv. do Advogado Ed., 1997, Porto Alegre, ps. 159/169, coordenador Willis Santiago Guerra Filho.

<sup>3</sup> Liberdades Públicas e Processo Penal, 1982, ps. 72 e segtes., nº 2.1.1.2.

<sup>4</sup> Maurício Benevides Filho, reportando-se a Paulo Bonavides, art. ref.

Bartolomei, citado pela Profª Maria GARCIA <sup>5</sup> ”.

Nesta altura surge ao intérprete a indagação sobre se o dever moral de colaborar com a realização da justiça, bem como o próprio interesse social, além do postulado inerente à dignidade da pessoa humana, não sofrem afronta de parte das normas constitucionais protetivas da intimidade e da privacidade, especialmente em ação como a investigatória de paternidade em que o réu se recusa a submeter-se ao exame pericial conhecido como DNA e no qual se pode afirmar ou negar a paternidade.

Encarado o tema sob o enfoque internacional a leitura a texto de Rainer FRANK, intitulado *L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de filiation en droit allemand* <sup>6</sup> de forma geral, os sistemas jurídicos situam a integridade corporal em condição superior à da verdade biológica. Na Alemanha, contudo, o direito de conhecer a origem genética não existiria sem a possibilidade de obter-se o conhecimento da filiação de forma certa, mediante a análise do grupo sanguíneo, com base no DNA ou perícia hereditário-biológica, sendo que, no tocante à integridade corporal do suposto pai, há precedente da Corte Constitucional Federal orientou-se no sentido de que a retirada de pequena quantidade de seu sangue não significa, de modo algum, atentado ao direito fundamental da integridade corporal.

Desde logo e referindo-se ao impasse suscitado pelas novas conquistas científicas e a necessidade de estabelecer-se uma nova ética social, Francisco AMARAL advertiu que 'O biodireito como processo de concretização normativa dos valores e princípios fixados pela ética, tomando como paradigma o valor da pessoa. É um novo ramo do direito da vida humana', acentuando, como corolário:

“Torna-se indispensável e urgente, precisar a função do direito em face desses novos desafios, elaborando novos modelos jurídicos capazes de garantir os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, da justiça e do bem comum. Um desses novos desafios é a possibilidade de uso do DNA no estabelecimento da filiação e da identidade pessoa, por meio de exames e testes, que podem suscitar conflitos de interesses privados entre os pais que se recusam a eles submeter-se e os que a eles têm direito” <sup>7</sup>.

E embora a doutrina e a jurisprudência apresentassem entendimentos dirigidos tanto à possibilidade de o investigado ser compelido a realizar o exame referido -- argumentando-se com o postulado da dignidade humana em relação ao investigante, que teria direito a procurar sua identidade, afora a impossibilidade de restrição ao pleito investigatório, legalmente prevista (art. 27, L. 8.069/90) e, ainda, o quanto disposto no art. 227, caput, da Constituição Federal --, como o não ser possível o exame compulsório, com base, aqui, no direito daquele contra quem promovida a ação à intimidade e à privacidade,

<sup>5</sup> Loc. cit.

<sup>6</sup> Revue internationale de droit comparé - Continuation du BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (Cent dix-huitième année), Quarante-septième année - N° 4 - Octobre-Décembre 1995, ps. 905/920

<sup>7</sup> “A prova genética e os Direitos Humanos”, em os Grandes Temas da Atualidade..., cit., ps. 101/113

acabou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de habeas corpus sob n. 71.373-4, que teve como relator designado o Ministro Marco Aurélio, por entender, que,

‘Discrepa, a não mais 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 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’.

Como corolário, foi a ordem concedida, cassando-se a determinação judicial pela qual o impetrante-paciente seria conduzido compulsoriamente a laboratório, para o exame referido.

E principalmente com fundamento no respeito à intimidade e a privacidade do alegado pai, a respeito do qual foram tecidos os comentários com que iniciado este comentário e que acaba por envolver-se com o princípio do devido processo legal, como adiante se anotárá, entende-se não ser possível conclusão diversa daquela adotada no precedente referido, que se valeu, como visto, de outros argumentos, também com natureza constitucional e dos quais, todavia, o acima aludido, pertinente às duas referidas cláusulas constitucionais, apresenta peso considerável e aptidão a justificar, por si só, a conclusão a que se chegou no julgamento do writ então examinado.

Se o debate surgido a respeito do tema propiciou a defesa de pontos de vista exatamente opostos, um permitindo e o outro negando a possibilidade de obrigar-se o réu, em ação investigatória de paternidade, a submeter-se a exame pericial adequado (DNA), arrimando-se um e outro inclusive em princípios fincados na Lei Maior, de forma a conduzir se percebesse existente até conflito entre os princípios a elas inerentes, ensejando aprofundados trabalhos doutrinários acerca do tema <sup>8</sup> e passando-se a suscitar discussão até sobre os próprios limites a serem considerados quanto à utilização e imprescindibilidade do exame denominado DNA <sup>9</sup>, o fato é que o novo Código Civil acabou por trazer regramento específico a atingir a matéria, ao estabelecer, no art. 231, que, ‘Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa’, dispondo o art. 232, como fecho: “A recusa à perícia médica

<sup>8</sup> Cf., por todos, Maria Celina Bodin de Moraes, artigo sob o título “O Direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais”, na obra DNA Como Meio da Filiação, volume da coletânea “Grandes Temas da Atualidade”, coordenador Eduardo de Oliveira Leite, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, ps. 217/233

<sup>9</sup> Cf., por todos, Zeno VELOSO, “A dessacralização do DNA”, nos Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, A Família na Travessia do Milênio, co-ed. IBDFAM e União OAB-MG, Bel Horizonte, 2000, ps. 191/199, ressaltando Francisco AMARAL, de qualquer forma, que “A opinião dominante é no sentido de que se constitui em valioso instrumento de prova, embora não se possa dizer que seus métodos e técnicas sejam infalíveis e que seus resultados possam ser considerados irrefutáveis” (“A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite).

ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame<sup>10</sup>.

Percebe-se, desde logo e como bem observado pelo Professor José Carlos Barbosa MOREIRA<sup>11</sup>, a inegável importância de tais disposições legais no que se refere às ações de investigação de paternidade, por conta das circunstâncias rapidamente referidas anteriormente e inerentes ao exame do DNA, ainda que não se possa negar, por outro lado e como advertido pelo ilustre processualista<sup>12</sup> referido, que o local apropriado ao disciplinamento dos efeitos da recusa a submeter-se ao exame seria o Código de Processo Civil.

Interessa à consideração prática, todavia, é a preocupação do legislador do Código Civil, ocupando-se de assunto cujo regramento não só tem aplicação ao caso da investigatória de paternidade, como também a outras hipóteses que nos dispositivos referidos possam ser inseridas.

Dúvida não há, em primeiro lugar, sobre ter o Código seguido a orientação que na jurisprudência se firmara a respeito de não ser possível obrigar-se aquele a quem se pede o exame a ele submeter-se se não o desejar, dispondo, em segundo lugar, sobre a consequência que poderá lhe acarretar tal recusa.

Preocupou-se o Código Civil de 2.002 e ainda que se argumente com o referir-se o tema a matéria de direito adjetivo, com o fato de o processo ser orientado por princípios de natureza ética, inseridos tanto no Código de Processo, quanto na Constituição Federal, cumprindo àqueles que o realizam e aos que dele participam respeitar toda e qualquer cláusula a tanto pertinente, inclusive como forma de ser respeitada a própria cláusula constitucional do devido processo legal, cuja importância, segundo a ressalva do Professor DOTTI,

“é muito bem posta na doutrina de NERY JÚNIOR, ao reconhecê-lo como princípio fundamental do processo civil e a base sobre a qual todos os outros se sustentam. Vale repetir: ‘Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim

<sup>10</sup> Conforme observa a Prof. Maria Helena DINIZ (Curso de Direito Civil - Direito de Família, Ed. Saraiva, São Paulo, 17ª. ed., 2.002, p. 407), enquanto o Canadá, a Bélgica e França repelem o exame forçado sem o consentimento daquele em relação ao qual é pretendido, Alemanha, Suíça e Áustria posicionam-se no sentido de efetuar-se a perícia com ou sem o consenso do interessado, o que serve a demonstrar o quão discutível é o assunto, não bastasse a própria dissidência surgida no Brasil, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a seu respeito. “No direito inglês, os tribunais podem determinar exames médicos, mas jamais impor sanções pecuniárias, prisão ou execução forçada em caso de recusa do réu”, na lição de Francisco AMARAL (“A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite)

<sup>11</sup> “O novo Código Civil e o Direito Processual”, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil”, n. 19, Set.Out.2002, Assunto Especial, ps. 111/121

<sup>12</sup> O novo Código Civil..., cit.

dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do devido processo legal “o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular”<sup>13</sup>.

Nossa Constituição Federal a contém em seu art. art. 5º, inc. LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, enunciando, pois e desde logo, a impossibilidade de processo sem observância das regras a ele próprias, espaço em que se há considerar tanto aquelas de Direito Processual e constantes nos Códigos próprios, como e também aquilo que consistir em princípios aplicáveis ao processo e constantes na Constituição Federal, já que, conforme Roberto ROSAS, contém ela disposições processuais ou que garantem o processo, constituindo-se na “matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual chamado Direito Processual Constitucional individual, norma de direito processual que, por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo, tem encontrado colocação na carta constitucional”<sup>14</sup>.

Objetiva o princípio impedir qualquer agressão ou restrição ao direito da parte, acobertando-a em sua liberdade pessoal e no direito de propriedade, aspecto em que assume natureza material, atuando, no âmbito processual, como resguardo aos litigantes ou acusados, de sorte a assegurar-lhes paridade total de condições frente uns aos outros ou perante o Estado persecutor, traduzindo-se, ainda segundo Roberto ROSAS, em “uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça”<sup>15</sup>, “tudo dentro da inafastável convicção de que não pode haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional”<sup>16</sup>.

Por isso mesmo deixa claro o art. 231 do novo Código Civil não ser possível obrigar-se quem quer que seja a submeter-se a exame considerado como necessário à aferição de determinada circunstância, uma vez que isto vulneraria o seu direito à intimidade, constituindo-se a posição contrária a esta tanto em ofensa a direito fundamental do cidadão, como em inobservância ao devido processo legal, uma vez que a obtenção de material para exame médico contra a vontade da parte conduzirá à ilicitude da prova, viciado, como corolário, o próprio processo em que colhida a prova (art. 5º, inciso LVI, Constituição Federal), como, aliás, já era estabelecido no Código de Processo Penal Militar (art. 295) e no Código de Processo Civil (art. 332). E como escrito por René Ariel DOTTI,

**“A colheita forçada ou involuntária do material para efeito do exame de DNA caracteriza**

<sup>13</sup> O exame de DNA e as garantias do acusado, na obra Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps.261/286, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>14</sup> Direito Processual Constitucional, 1997, p. 12

<sup>15</sup> Op. cit., p. 48

<sup>16</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros, As Nulidades..., cit., p. 73

uma das formas de obtenção ilícita da prova o que é inadmissível no sistema legal brasileiro (CF art. 5º, LVI). Expressivamente dispõe o art. 32º, nº 6 da Constituição de Portugal: 'São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações'" <sup>17</sup>.

Entretanto e ainda que podendo recusar-se ao exame, não se poderá valer da recusa, em proveito próprio, o insubmisso, argumentando com a ausência da prova técnica eficiente a subsidiar a solução que deverá ser adotada no processo.

É direito <sup>18</sup> seu deixar de fornecer o material necessário à perícia, inclusive porque e não bastassem os princípios constitucionais invocáveis, "O direito à integridade física compreende a proteção jurídica ao corpo humano, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes do corpo humano suscetíveis de separação e individualização (Lei nº 9.434/97), e ainda o direito à liberdade de alguém submeter-se ou não a exame e a tratamento médico", na lição de Francisco AMARAL <sup>19</sup>, a que se acrescenta que ninguém, sob o aspecto cível como o penal <sup>20</sup>, pode ser compelido a produzir prova contra si próprio, mas disto não decorre qualquer efeito que o favoreça, já que sua iniciativa em omitir-se na colaboração para a prática de ato que poderia tanto vir em seu desfavor, como em seu favor, como na hipótese em que resulte conclusão contrária à paternidade.

Não bastasse isso e de acordo com o art. 232, essa recusa a submeter-se ao exame poderá suprir a prova que se objetivava obter a realização da perícia, do que se percebe, ainda que com natureza relativa, a existência de uma presunção adversa a quem não quis se submeter ao exame.

Essa natureza evidencia-se pela adoção do vocábulo "poderá", no dispositivo referido, do que decorre clara percepção sobre não estar o julgador obrigado a considerar a recusa como forma de suprir a ausência do exame, ou seja, como presunção inarredável sobre a paternidade que se pretende declarar.

Nesse sentido, aliás, já vinha entendendo a jurisprudência, tendo a 2ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo e no julgamento da Ap.Cív. n. 173.580-2/100, rel. o Des. Lúcio Urbano, afirmado, ainda que por maioria de votos: "A recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA serve para auxiliar o juiz na sua

<sup>17</sup> O exame de DNA e as garantias do acusado, na obra Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps.261/286, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>18</sup> Observará o Professor Washington de Barros MONTEIRO, já: "(...) como anota Hardoin, no estado atual do direito, nenhum meio tem o juiz para coagir uma das partes a que se submeta a esse exame comparativo" Direito de Família, Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, 29ª. ed., p. 258

<sup>19</sup> "A prova genética e os Direitos Humanos", em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>20</sup> Comentando sobre o direito ao silêncio previsto na Emenda V à Constituição Norte-Americana e que afirma aplicável a todos os meios de prova, assinala René Ariel DOTTI: "Essa conclusão nos leva a outra: em nosso sistema processual - cível ou criminal - nenhum juiz ou tribunal poderá compelir o apontado pai ou o suspeito de autoria de infração penal a doar material para o exame pericial. Não haverá, portanto, a ocorrência do crime de desobediência pelo fato de alguém recusar-se a se submeter a um tipo de exame que possa comprometê-lo no campo penal ou das obrigações civis" (O exame de DNA e as garantias do acusado, na obra Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps.261/286, coord. Eduardo de Oliveira Leite).

convicção, mas não pode, por si só, arrimar a declaração de paternidade por presunção”. Nem se poderia concluir de forma diversa, principalmente quando e como referido ainda que de passagem, o próprio exame de DNA passou a sofrer questionamento atinente à sua própria segurança, advertindo o Professor Zeno VELOSO:

“O perito médico Alfredo Gilberto Boeira, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, propõe uma revisão crítica do perfil de DNA como prova judicial. Expõe que alguns cientistas mais escrupulosos começaram a esmiuçar a metodologia utilizada e seu embasamento teórico e estatístico. Embora sem negar a validade das pesquisas de Alec Jeffreys (inglês que padronizou a identificação de indivíduos pelo DNA) e de outros estudiosos, puderam constatar que a técnica apresentava inúmeros senões, que retiravam o caráter absoluto da tipagem de DNA e sugeriam prudência nas conclusões extraídas desse procedimento. E afirma que a determinação do DNA, em casos forenses, pode ter efeitos assaz perversos, levando um inocente à prisão ou imputando-lhe filho alheio, e que diante de um tribunal, o que importa é uma evidência irretorquível, e esta só pode exsurgir de um conjunto de provas concretas, sem margem de erro, o que não é o caso da tipagem de DNA, garante, como comprovado pela experiência norte-americana, “aliás a maior do mundo”<sup>21</sup>.

Sem objetar, acrescenta a Prof<sup>a</sup> Maria Christina de ALMEIDA, que tanto tem se debruçado sobre os temas da investigação de paternidade e do exame de DNA:

“É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se reveste, nos tempos atuais, o exame pericial do DNA, como se fosse uma prova milagrosa capaz de por termo a todos os problemas existentes à investigação de paternidade. É evidente que o exame pericial é útil e se mostra relevante no contexto probatório. Seria absurdo negá-lo, mas há que se estabelecer uma distância baseada no critério da razoabilidade entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade, e transformar tal reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.

Absurdo é ignorar-se todos os outros meios de prova, situando a prova técnica na seara infalível, do senhor da verdade. Além disto, inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA, até mesmo conduzindo a erros completos. Os próprios cientistas reconhecem isso”<sup>22</sup>.

Assim e se a própria validade do DNA<sup>23</sup> pode ser questionada, com maior razão não será possível considerar como suscetível de absoluta presunção sobre a paternidade a recusa

<sup>21</sup> “A dessacralização do DNA”, nos Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, A família na travessia do Milênio, co-ed. União OAB-MG e IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, ps. 191/200

<sup>22</sup> “Prova do DNA: Uma evidência absoluta”, Revista Brasileira de Direito de Família, n. 2, jul-ago-set/99, Assunto Especial

<sup>23</sup> Em julgamento no ano de 2002, o Superior Tribunal de Justiça, relator o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, concluiu, conforme sua ementa, aliás, que “O afastamento fundamentado do exame hematológico pelo método do DNA, privilegiando o conjunto probatório amplo, devidamente especificado, não viola os arts. 125, 131, 145, 436 e 458, II, do Código de Processo Civil. Ao juiz é dado apreciar livremente a prova produzida, não sendo o laudo pericial o único elemento de convicção (REsp 197.906/SP, da minha relatoria, DJ 06.09.1999); por outro lado, o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana, não se cuidando da realização de novo exame de confirmação” (Revista Brasileira do Direito de Família, n. 15, out.nov.dez/2002, p. 79).

do réu a submeter-se a tal exame, na investigatória, servindo, quando muito, como elemento a mais a ser levado em conta, pelo julgador, juntamente com as demais provas que acaso se produza e que sirvam a indicar a efetiva possibilidade de o acionado ser o pai do autor.

Como escrito pelo Professor Barbosa MOREIRA, em análise ao art. 232, “Deixa-se ao julgador certa margem de flexibilidade: para ela aponta o emprego da locução “poderá suprir”, que conduz a interpretação diferente daquela que caberia se a lei dissesse “suprirá”<sup>24</sup>, descabendo, outrossim, pretender-se que a negativa a submeter-se ao exame possa caracterizar confissão ficta em desfavor daquele que tenha se negado a fornecer material para o exame, por tratar-se tão somente, na espécie, do exercício do direito à intimidade e que “não se assemelha a uma confissão de culpa”, na ressalva de Francisco AMARAL<sup>25</sup>, advertindo o Professor René DOTTI, ademais, que a confissão, de qualquer forma, conduziria a presunção relativa “E, ainda assim, não pode ser admitida quando a causa versar sobre direitos da personalidade que são, por natureza, indisponíveis”<sup>26</sup>.

Não se há pretender caracterizado, assim e com a atitude do recusante, abuso no exercício de seu direito, frente ao do investigante, já que inseridas a intimidade e a privacidade no rol daqueles direitos que e de forma fundamental, não são passíveis de qualquer restrição, seja de ordem legal ou decorrente de interpretação, o que parece ter deixado claro o legislador do Código Civil, com a solução adotada nos dispositivos sob comentário, porquanto e se possível fosse diversa solução que a neles imposta, por certo que a teriam acatado.

Além disso e sem qualquer dúvida o direito à intimidade e privacidade, na espécie, tem a ver com o próprio exercício do direito de defesa, que a Constituição Federal confere a toda aquele que se veja envolvido em processo judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LV) e da mesma forma que ao réu em processo criminal é dado o direito de silenciar (art. 6º, inciso LXIII), também são invioláveis, segundo referido, a intimidade e a vida privada das pessoas (art. 5º, inciso II), sem possibilidade, na hipótese sobre a qual se escreve, de o suposto pai ser obrigado a fazer o exame pericial de DNA, por inexistente determinação legal a tanto dirigida (art. 5º, inciso II)<sup>27</sup>, inexistindo, no Código Civil de 2.002, posição diversa, ressaltando ele e apenas o quanto disposto nos arts. 231 e 232.

Adverte Silvio de Salvo VENOSA, ademais, referindo-se a tais dispositivos: “A questão é delicada e dependerá muito do exame do caso concreto pelo magistrado, que analisará se

---

<sup>24</sup> “O novo Código Civil...”, cit.

<sup>25</sup> “A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>26</sup> O exame de DNA e as garantias do acusado, na obra Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps.261/286, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>27</sup> “O direito à inviolabilidade da pessoa humana impede, assim, que um tribunal ordene um exame sanguíneo em caso de filiação, salvo se as pessoas envolvidas nele consentirem. O juiz não pode impor, pela força, a execução de tal prova em caso de recusa da parte. Isso decorre dos princípios gerais da dignidade da pessoa humana e do seu direito à integridade física” (Francisco AMARAL, “A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite).

há razões lógicas de recusa por parte do investigando”<sup>28</sup>.

À frente, reavivando a natureza processual das normas em exame, conforme a leitura do Professor Barbosa MOREIRA, já aludida, anota VENOSA constituir-se o exame genético em ônus processual da parte, pois,

“O réu não tem obrigação, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na inexistência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas no processo”<sup>29</sup>, mesmo porque “nunca a ausência da prova técnica prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade, da mesma forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório”<sup>30</sup>.

Advirta-se que tal solução já fora preconizada em doutrina e antes mesmo do Código de 2.002, pelo Professor Maurício BENEVIDES FILHO, analisando o tema sob o enfoque constitucional e asseverando: “A negativa do réu em submeter-se ao exame hematológico não implica presunção de paternidade, mas tão-somente fato de que, no conjunto das provas, pode ser considerado em seu desfavor”<sup>31</sup>, inclusive porque o exame DNA é “um modo indireto de reconhecimento da verdade, um meio que exige a interpretação do homem, não vinculado o juiz. Além disso, o exame do DNA não é a única prova admissível, nem é obrigatório”, conforme Francisco AMARAL<sup>32</sup>, embora o monopólio que tenha sido assumido por essa prova, em ações investigatórias de paternidade, conforme anota René Ariel DOTTI<sup>33</sup>.

Assim, não poderá o juiz, pura e simplesmente e com base em presunção adversa ao demandado, concluir no sentido da paternidade afirmada pelo demandante.

“Ao contrário - e conforme José Renato Silva MARTINS e Margareth Vetis ZAGANELLI - deverá prosseguir na investigação dos fatos que subjazem na pretensão do Autor, exercendo, com amplitude e sem reservas, todo o poder investigativo que lhe faculta a lei em casos que tais. Insistimos: se presunções houver, estas estarão previstas na lei servirão para complementar a prova produzida, e não para substituí-las. Em síntese: a recusa do Réu em colaborar com o exame de DNA não produz, contra ele, qualquer efeito endoprocessual, permanecendo, para o Autor, o ônus de provar os fatos que alegou, podendo o juiz formar o seu convencimento através dos mecanismos de que

<sup>28</sup> Direito Civil - Direito de Família, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, 3ª. ed., p. 308

<sup>29</sup> Direito Civil - Direito de Família, cit., p. 308

<sup>30</sup> Loc.ref.

<sup>31</sup> “Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico”, em Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Liv. do Advogado Ed., 1997, Porto Alegre, ps. 159/169, coordenador Willis Santiago Guerra Filho

<sup>32</sup> “A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>33</sup> O exame de DNA e as garantias do acusado, na obra Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps.261/286, coord. Eduardo de Oliveira Leite

dispõe (provas, indícios e presunções)”<sup>34</sup>.

Se “O direito inglês sanciona diretamente a recusa à realização do exame, provocando a perda do processo”, como posto por Rainer FRANK”, é sua a ressalva de que “Os sistemas de direito romanistas possuem, no tocante, uma atitude mais reservada. O juiz deverá utilizar, em matéria de estado de pessoas, todas as possibilidades na apreciação das provas, com a finalidade de se aproximar o mais possível da 'verdade biológica'. Isso significa que, no caso concreto, a recusa de se submeter ao exame biológico pode ser vantajosa, desde que o conjunto das circunstâncias trazidas ao processo não permita adotar decisão contrária aos interesses daquele que se recusa ao exame corporal”<sup>35</sup>.

Observa, ademais, o seguinte e no concernente aos sistemas que adotam a presunção absoluta, como o inglês e o alemão, na impossibilidade de realização do exame, como o caso, por exemplo, de estrangeiros que residem no país de sua origem:

“Eu considero esta forma de proceder eminentemente problemática. Com efeito, se o fim de um processo destinado a estabelecer a filiação, dominado pelo princípio inquisitorial, consiste em 'estabelecer' a verdade biológica, então não pode ser satisfatória esta solução para o juiz, que é obrigado, muitas vezes, a julgar contra sua própria convicção e declarar um homem pai de uma criança pelo simples fato dele ter se recusado a realizar um exame”<sup>36</sup>.

Por outro lado e retornando ao aspecto antes aludido e que envolve o conflito que surge para o intérprete no tocante às normas constitucionais invocadas tanto em defesa da posição do autor da ação, quanto àquelas dirigidas aos direitos do réu, entendem-se - para fins de uma análise mais profunda - , ponderáveis as considerações traçadas pelos autores por último citados, que, com base no inciso II do art. 5º da Lei Maior -- aos quais se deve aliar, acrescenta-se, o inciso X do mesmo dispositivo -- , concluem não ser possível ter-se o art. 227 da Constituição como a superar aqueles outros mandamentos, mesmo que se tendo em conta a investigação de paternidade, “visto não estar a “vida” do investigante condicionada ao conhecimento da paternidade”<sup>37</sup>, acrescentando Francisco AMARAL, que, no confronto entre “o direito da criança ao reconhecimento da sua identidade e filiação, e o direito do pretense pai ao respeito da sua dignidade, integridade física e inviolabilidade do seu corpo e do seu código genético, o equilíbrio é difícil de estabelecer. Mas não se pode, em caso algum, admitir o constrangimento físico do demandado para obtenção da prova genética do DNA. Deve prevalecer o princípio da

<sup>34</sup> Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?”, in Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, cit., ps. 151/162

<sup>35</sup> FRANK, Rainer, Revue internationale de droit comparé - Continuation du BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (Cent dix-huitième année), Quarante-septième année - N° 4 - Octobre-Décembre 1995, ps. 905/920

<sup>36</sup> Op. e art. cit.

<sup>37</sup> Op. cit., ps. 161/162

dignidade humana que o protege, como previsto na Constituição Federal”<sup>38</sup>.

De qualquer forma e segundo acrescenta Maria Christina de ALMEIDA, após mencionar a corrente dirigida à interpretação da recusa do pai em submeter-se ao exame como vulneradora de disposições constitucionais e da legislação inferior, supracitada, “Em sendo a recusa do investigado à submissão à perícia genética concebida com legítima ou ilegítima, cabível ou não cabível, pertinente ou não pertinente, o resultado é o mesmo em ambas as situações antitéticas, ou seja, a corrente que concebe e negativa do suposto pai em submeter-se à prova científica da paternidade apresenta como força resultante que diante de tal recusa, o juiz poderá entendê-la como suficiente a declarar a existência do vínculo biológico de paternidade, admitindo como verdadeiro o fato alegado pelo investigante. Na esteira desta interpretação, os efeitos jurídicos processuais consubstanciam-se no entendimento de que a recusa do suposto pai é indício de paternidade que pode gerar o reconhecimento deste fato por presunção”, mas considerada a mesma recusa, como adverte a autora, como “(...) um reforço às provas que a parte investigante tem o encargo de produzir no processo”<sup>39</sup>.

Enfim e segundo a escrita dos ilustres Magistrados e Professores Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, que recentemente passaram a integrar a constelação de jovens e cultos civilistas a honrar a cultura jurídica nacional e após menção ao mesmo HC 71.373-RS, antes referido, bem como trabalho do ilustre Ministro de nossa Suprema Corte e excepcional doutrinador José Carlos MOREIRA ALVES, antes mesmo do Código Civil de 2.002, “Firmou-se (...) ainda que em nível jurisprudencial, a presunção de veracidade da prova que se pretendida produzir, em face da recusa injustificada à sua realização” e, “(...) o Novo Código Civil, seguindo esta vertente de pensamento, sem violar a intangibilidade do corpo humano, consagra a mesma presunção, agora em nível legal (art. 232), decorrente da negativa injustificada à colheita do material humano para a realização do DNA”<sup>40</sup>.

Assim, pode-se afirmar: a) é direito de todo cidadão deliberar sobre submeter-se, ou não, a exame que seja necessário em ação de investigação de paternidade que contra ele se promova, encontrando-se ele protegido pela cláusula constitucional relativa à intimidade, sem ensejo a deliberação judiciária em sentido contrário, sob pena de invalidade da prova assim produzida; b) a recusa em fornecer material para o mesmo exame poderá ser contra o insubmisso utilizada, mas no cotejo com as demais provas colhidas na instrução processual, não se prestando, por si só, como presunção sobre a paternidade em relação ao autor da demanda.”

<sup>38</sup> “A prova genética e os Direitos Humanos”, em Grandes Temas da Atualidade - DNA como meio de prova da filiação, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.001, ps. 101/113, coord. Eduardo de Oliveira Leite

<sup>39</sup> Investigação de Paternidade e DNA - Aspectos Polêmicos, Liv. do Advogado, Ed., Porto Alegre, 2001, ps. 135/146

<sup>40</sup> Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral, vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, ps. 454/455

Portanto, a recusa a submeter-se ao exame, por si só, não pode ensejar de imediato o acolhimento do pedido do autor, sendo necessária a análise de provas outras.

Outrossim, não se pode desconsiderar que o requerido, ciente do ajuizamento da ação, mudou de endereço sem a devida comunicação, por isso não foi localizado, deixando de cumprir o quanto determinado na lei processual.

Desta forma, inexistente qualquer nulidade na sentença.

Destarte e sem a prova pericial, a paternidade foi reconhecida com base nas demais provas constantes nos autos, começando com a confirmação do requerido de que realmente manteve relacionamento com a mãe da menor, o que também foi ratificado pela prova testemunhal.

Mais não é preciso para manter-se a sentença quanto ao reconhecimento da paternidade, passando-se à análise do valor da pensão.

A paternidade é sempre acompanhada de responsabilidades, especialmente quando os filhos são menores, observando Yussef Said Cahali:

“Incumbe aos genitores – a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuários, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à sua manutenção e sobrevivência dos

mesmos”<sup>41</sup>.

Ademais e como menciona Arnaldo Rizzardo<sup>42</sup>, ao falar da obrigação alimentar,

“...cuida-se de um instituto básico no direito de família, considerado de ordem pública e protegido de modo especial pelo Estado, em razão do destaque que ocupa o grupo familiar dentro do ordenamento de qualquer sistema político.

Concerne a obrigação alimentar à própria vida e à subsistência das pessoas.”

Destarte, na fixação da verba alimentar deve o juiz pautar-se pelo trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade e, no presente caso, entende-se que o recurso comporta parcial provimento, para estabelecer a pensão em  $\frac{1}{4}$  dos rendimentos líquidos do alimentante, se trabalhando com vínculo empregatício e mantida a base de cálculo constante na sentença, ao passo que se desempregado ou trabalhando sem vínculo, a pensão será de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Tal montante apesar de ser moderado, mais atende às peculiaridades do caso, observando-se ser apenas uma alimentanda nesta lide, com cerca de 5 anos de idade, com gastos que são presumíveis, desnecessários documentos a tanto pertinentes.

Como corolário, ao recurso é dado parcial provimento apenas para impor pequena redução na pensão, nos termos acima delineados, mantida a sentença, no mais, por seus fundamentos aqui adotados, a teor do que dispõe o art. 252 do Regimento Interno desta corte, inclusive

---

<sup>41</sup> Dos Alimentos – 8ª edição – ed. Revista dos Tribunais, p. 329.

<sup>42</sup> Direito de Família – Gen/Forense – 10ª Edição – p. 661



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quanto ao ônus da sucumbência, por ter a autora decaído de parte mínima do pedido.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher parcialmente o recurso interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual descon sideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao recurso é dado parcial provimento.

**A.C.Mathias Coltro**  
**Relator**