Jônes Figueiredo: Paternidade não dever ser reconhecida por presunção

A verdade exumada procura o pai no sepulcro, dado que a investigação não há que se contentar no que se presume. Paternidade por presunção é combinar incerteza com certeza ficta, como quem busca o pai por afirmação legal, mesmo que não extraída da verdade apurada e feita. Não basta ter ou adquirir um pai, senão o pai verdadeiro. Nisso, verdade e realidade se tornam rima e solução, não admitido o presumido que nada rima ou soluciona.

A questão posta acima traz ao tema recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AI 0020927-31.2013.8.19.0000; de 26/09/2013) onde por razões religiosas de direito (liberdade religiosa) não se permitiu exumar os restos mortais do suposto pai procurado, de origem judaica. Entretanto, entendeu-se suficiente que em não ocorrendo prova inequívoca a afastar a paternidade do morto, este será havido, como se pai fosse, mais precisamente pai por presunção.

Em investigação de paternidade "*post mortem*", ante recusa dos herdeiros, filhos do investigado, a fornecimento de material genético, determinou o juízo de origem (2ª Vara de Família da Capital) a exumação. O tribunal carioca admitiu, porém, que a exumação poderia, à vista de preceitos judaicos, agredir direito à liberdade de crença, conquanto o direito fundamental ligado à dignidade humana, cláusula geral dos direitos da personalidade, exija o conhecimento da paternidade biológica, com todos os seus efeitos.

Nesse alcance, o relator, desembargador Fernando Foch Lemos Arigony da Silva assentou que "(…) sem prejuízo de nenhum desses direitos ou, dito de outro modo, com a preservação de ambos, se deve resolver o impasse com a aplicação do entendimento que a Súmula 301 do STJ sintetiza e com o qual foram sepultadas acesas discussões: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade". Aplicada a Súmula 301-STJ, por extensão ou analogia em face dos herdeiros recusantes.

Pois bem. A questão está a saber, tendo em conta a ponderação de interesses, se haverá de prevalecer, como bastante, apenas a presunção, para definir uma paternidade, quando atualmente esta se torna incontroversa e iniludível por testes genéticos de DNA. É que a presunção fica na esfera da ficção legal, tal qual a vetusta premissa romana "*is pater est quem nuptiae demonstrant*" ("É pai aquele que as núpcias indicam"), a ponto de que não se supunha paternidade atribuída a outro, enquanto ocorrente o casamento. Ou seja, a presunção "*pater is est*"; disposta e ampliada na regra do artigo 1.597 do atual Código Civil.

Convenhamos que este jogo de presunções não guarda mais conformidade com os atuais recursos científicos. Beviláqua chegou a justificar os prazos do artigo 338 do antigo Código Civil de 1916, "à falta de melhor solução da ciência".

Entretanto, apesar dos avanços tecnológicos, a presunção continua em seu "*locus*" normativo, a exemplo do artigo 232 do Código Civil, onde a recusa à perícia médica ordenada judicialmente poderá suprir a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

prova que se pretendia obter com o exame. Presunção relativizada pela Lei 12.004/2009, quando a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético — DNA gerará a presunção da paternidade, todavia ”a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Ora. O direito fundamental à identidade genética confrontado com outros direitos e garantias, tem sido rediscutido, em sua necessária concretude de efetividade da dignidade humana, ao extremo da imprescindibilidade de condução coercitiva do investigado à realidade do exame de DNA como medida assecuratória de tal direito. E, por extensão, também da condução dos herdeiros do investigado.

No ponto, artigo do magistrado Fabrício Castagna Lunardi (“Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões”, volume 33, abril-maio/2013) colocou, com proficiência, o tema.

Assinala, a propósito, que “o Supremo Tribunal Federal na sua composição plenária, durante o julgamento do RE 363.889-DF, em 15 de dezembro de 2011, indicou a necessidade de reanálise da decisão proferida no HC 71.373-RS, de 1994, que impedia a condução coercitiva do investigado para realização de exame de DNA.” No julgado recente, entendeu-se que o direito à identidade genética deve prevalecer quando confrontado com outras garantias, como coisa julgada e segurança jurídica. De tudo resulta imperativa uma nova reflexão a respeito, não se podendo admitir que “uma ação investigatória de paternidade fosse decidida com base em mera ficção jurídica ou presunção”.

Eis a questão posta a estilete. A condução coercitiva do suposto pai, para a obtenção da verdade material (e não formal), apóia-se, sobremodo, na conveniência de as decisões judiciais refletirem a realidade fática, e não serem proferidas “com base em simples dogmas técnico-jurídicos oitocentistas”.

E acrescenta Castagna Lunardi, com inteira razão:

(i) “Os artigos 231 e 232 do Código Civil de 2002, quanto a Súmula 301 do STJ e o artigo 2º-A da Lei 8.560, foram editados nas contingências da decisão do STF no HC 71.373, baseada no contexto social e no direito da época”. Assim, optou-se pela coerção indireta, impondo-se o ônus processual;

(ii) operada a recusa, “o reconhecimento de paternidade com base numa ficção não é capaz de garantir o direito à verdadeira identidade genética, sobretudo quando as demais provas dos autos são fracas”;

(iii) a atribuição judicial de paternidade com base numa mera ficção viola o núcleo essencial do direito fundamental à identidade genética, que pressupõe a verdade real e nunca uma verdade meramente formal ou processual.

Eis o dilema. O presuntivo pai, constituído na ficção, poderá ser, em alguns casos, o falso positivo (o pai posto, por pressuposto da presunção); obstando, nessa consequência, que o filho busque e identifique o verdadeiro pai, em tal certeza que o coloque também seguro e certo de sua origem perante si mesmo. Em somente assim, efetivaria ele o seu direito à identidade genética, incólume e induvidosa.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ora bem. Exumações têm sido feitas, na arqueologia dessa origem certa, envolvendo supostos pais, anônimos ou célebres, como as feitas dos restos mortais de Juan Perón (10/2006) Tim Maia (03/2012) ou ainda, de Yves Montand. Curiosamente, nestes casos, com resultados negativos.

Assim, resulta irrecusável admitir: (i) o reconhecimento da origem genética como um direito personalísssimo, irrenunciável e imprescritível, derivado do princípio da dignidade humana (Súmula 140 – STF); (ii) "devendo o Poder Público contribuir para sua efetivação" (TJSC – 4ª CC); e (iii) a possibilidade de exumação para fins de exame de DNA, pacificada na jurisprudência do STJ, porquanto faculdade conferida ao juiz pelo artigo 130 do CPC (STJ – AgRg no Ag 1159165-MG, DJe 04.12.2009; Pet. 8321; REsp. 765.479).

Por igual, tenha-se também forçoso admitir o apuramento da verdade pela verdade necessária. Verdades presumidas "*jus hominis*", verdades prováveis por inferências de razoabilidade, e outras verdades fictas, devem ceder à verdade real em sua inteira prospecção, seja como finalidade do processo, seja como condição de justiça, fundamental para a autoridade dos julgados (*veritas* + *dicere*).

Implicará o veredicto a consciência da dignidade plena do encontro do filho com o seu verdadeiro pai. Exumado que seja, mas não pre(exumido).

Date Created
17/10/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.