

ANTONIO CÔRTEZ DA PAIXÃO

O CUSTO DO EXAME DE DNA COMO PROVA PERICIAL NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: OBSTÁCULO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. João Baptista Herkenhoff.

VITÓRIA

2008

ANTONIO CÔRTEZ DA PAIXÃO

O CUSTO DA PROVA PERICIAL (exame de DNA na investigação de paternidade) COMO OBSTÁCULO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual.

Aprovado em 25 de agosto de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. João Baptista Herkenhoff
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof^a. Dra. Margareth Vetis Zaganelli
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Universidade Federal do Paraná

A José Martins (*in memorian*) e Laurentina (*in memorian*) pela minha vida e pelo incentivo aos Estudos.

A Tânia, Nara, Igor e Raul pelo tempo de convívio que cederam para que eu pudesse fazer este trabalho.

A Adilis, Carmem, Creuza, Fátima, Zé Ricardo, Sr. Onésimo (*in memorian*) e D. Adelina (*in memorian*), por terem me acolhido em casa como se membro da família fosse, a fim de que pudesse continuar meus estudos.

Agradecimento

Ao Professor João Baptista Herkenhoff pela boa vontade, gentileza e presteza na minha orientação, embora nenhuma vantagem pecuniária estivesse recebendo, haja vista sua aposentadoria; e apesar da falta de reconhecimento das entidades encarregadas de promover a pesquisa no País.

Ao Tribunal de Justiça por Ter permitido meu afastamento parcial do trabalho para participar dos eventos obrigatórios do mestrado.

Quem decide um caso sem ouvir a outra parte, não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça.

(Sêneca).

RESUMO

O escopo da pesquisa que deu origem a este escrito foi demonstrar que o custo da prova pericial, sobretudo do exame de DNA na investigação de paternidade, constitui um obstáculo para o acesso à justiça em qualquer País onde haja desigualdade social; e que o Estado tem o dever de removê-lo para cumprir sua função jurisdicional. Trata-se de pesquisa bibliográfica, reveladora de que o acesso à justiça, além de garantia constitucional inserta no rol dos direitos fundamentais, constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito e da democracia. A omissão do Estado, na hipótese, constitui grave violação da Constituição, alcançando vários direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa do investigante da paternidade, e, sendo este uma criança ou um adolescente, viola os respectivos direitos fundamentais e nega a prioridade a eles garantida na Constituição e em leis infraconstitucionais, principalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, a primeira garantia constitucional atingida é a do devido processo legal, que inexiste sem a oportunidade de produção de todas as provas necessárias. O exame de DNA é prova necessária na investigação de paternidade e tem um custo que deve ser assumido pelo Estado sempre que à parte faltar condições financeiras suficientes para arcar com a mencionada despesa sem prejuízo do sustento próprio e da família. Entre nós, o Congresso Nacional já cumpriu seu dever legislativo ao inserir a despesa em questão entre as que são contempladas com a assistência judiciária. Resta às Unidades Federativas dar cumprimento ao comando legal, ofertando o serviço ou arcando com a despesa por outra via. Poucas fazem isso, sendo que algumas, parcialmente. O processo civil oferece meios para sanar a omissão tanto individual quanto coletivamente. Na primeira hipótese, em processo autônomo ou no próprio processo da investigação de paternidade, pela via mandamental. Entre os instrumentos processuais adequados para compelir o Estado a cumprir sua obrigação de custear as despesas com o exame de DNA na investigação de paternidade, destaca-se a ação civil pública, mormente para obrigá-lo a fazer a dotação orçamentária. Merece não menor destaque decisão de natureza mandamental para que o Estado ofereça o serviço diretamente ou através de terceiros, sob pena de constituição de título executivo de valor igual ao da despesa, executável através de requisição de pequeno valor.

LISTA DE SIGLAS

DNA	Ácido desoxirribonucleico
ETC	“Etcoetera”
CR	Constituição da República
PROCON	Órgão de proteção ao consumidor. (Tem um nome em cada Unidade da Federação)
	tem um significado (Fundação, Instituto).
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CC	Código Civil
ABO	Método comparativo de tipos sanguíneos
HLA	Human Leucocyt Antigen
Rh	Rhesus
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
RS	Rio Grande do Sul
DJU	Diário da Justiça da União
Prof.	Professor
STF	Supremo Tribunal Federal
Adin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MI	Mandado de Injunção
Rel.	Relator
RT	Revista dos Tribunais
TJ	Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TFR	Tribunal Federal de Recursos
MS	Mandado de Segurança
ACP	Ação Civil Pública
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
CLT	Consolidação da Leis Trabalhistas

ÍNDICE

PARTE I - PREMISSAS DO DEBATE.....	11
1. O ACESSO À JUSTIÇA.....	14
1.1 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA.....	17
1.1.1 Desconhecimento de seus próprios direitos.....	17
1.1.2 Desconhecimento da medida contra violação de direitos.....	18
1.1.3 A assistência judiciária.....	19
1.1.4 As despesas do processo.....	20
1.1.5 A demora do provimento judicial.....	22
1.2 ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....	22
1.2.1 Sobre conhecer seus próprios direitos.....	23
1.2.2 Acerca da medida contra violação de direitos.....	25
1.2.3 A respeito da assistência judiciária.....	26
1.2.4 Quanto à demora do provimento judicial.....	26
1.2.5 Em relação às despesas do processo.....	28
2. TEORIA CONTEMPORÂNEA DA PROVA E PROVA PERICIAL.....	30
2.1 CONCEITO DE PROVA.....	30
2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS JUDICIAIS.....	31
2.3 A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO.....	31
2.4 A PROVA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	33
2.5 ÔNUS DA PROVA.....	35
2.5.1 Inversão do ônus da Prova.....	40
2.5.1.1 – Estágio Processual Adequado para a Inversão do Ônus da Prova....	41
2.5.2 Outras Regras de Julgamento.....	46
2.6 OBJETO DA PROVA.....	49

2.7 A ATIVIDADE PROBATÓRIA: Momentos.....	51
2.6.1 - Poderes Instrutórios.....	53
2.8 MEIOS DE PROVA.....	55
2.9 A PROVA PERICIAL.....	56
3. O EXAME DE DNA COMO PROVA PERICIAL DA FILIAÇÃO.....	62
3.1 PATERNIDADE AFETIVA E PATERNIDADE BIOLÓGICA.....	64
3.2 NECESSIDADE DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	68
3.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	69
3.4 LEGALIDADE DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....	71
3.5 DIREITOS HUMANOS (FUNDAMENTAIS) QUE AUTORIZAM A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE.....	74
PARTE II - O CUSTO COM A PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA) COMO MEIO DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA.....	78
1. AS DESPESAS DO EXAME DE DNA COMO PROVA DA FILIAÇÃO.....	80
2. INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA PROVA PERICIAL.....	81
2.1 ORDEM PELO JUIZ NO CURSO DO PROCESSO E/OU POR AÇÃO PRÓPRIA: PERSPECTIVAS SOBRE A TUTELA MANDAMENTAL.....	82
2.1.1 Necessidade de uma Tutela Efetiva.....	85
2.1.2 Mandado de Injunção.....	93
2.1.2.1 Escopo do Mandado de Injunção.....	94
2.1.2.2 Pressupostos do Mandado de Injunção.....	98
2.1.2.3 Objeto do Mandado de Injunção.....	100
2.1.2.4 Legitimação para o Mandado de Injunção.....	101
2.1.2.5 Competência para julgar o Mandado de Injunção.....	102
2.1.2.6 Conteúdo da Decisão no Mandado de Injunção.....	104
2.1.2.7 Mandado de Injunção Coletivo.....	110
2.1.2.8 Conclusões Acerca do Mandado de Injunção.....	111
2.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DA POLÍTICA PÚBLICA DO ACESSO À JUSTIÇA: CABIMENTO DE ACP PARA GARANTIA DA	

PROVA PERICIAL DO DNA.....	112
2.2.1. Interesse.....	113
2.2.2. O despontar dos interesses coletivos <i>lato sensu</i>.....	114
2.2.3. A classificação dos interesses.....	115
2.2.3.1 Interesses difusos.....	116
2.2.3.2 Interesses coletivos.....	117
2.2.3.3 Interesses individuais homogêneos.....	118
2.2.4 A tutela de interesses.....	118
2.2.5 A ação civil pública.....	120
2.2.5.1 Barreiras para o acesso à justiça removidas pela ação civil pública.....	122
2.2.5.2 Controle da política pública através da ação civil pública.....	122
2.2.5.3 Cabimento da ação civil pública para garantia da prova pericial do DNA.....	124
2.2.5.3.1 Como tratar as situações diferenciadas de cada Estado.....	126
2.2.5.4 Legitimidade para agir.....	127
2.2.5.4.1 A matéria no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	129
2.2.5.5 O interesse a ser defendido.....	130
2.2.5.6 A competência.....	131
2.2.5.7 O pedido.....	132
PARTE III - ESTUDO DAS DISCIPLINAS LEGAIS PREVISTAS NOS DIVERSOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO.....	134
1. O ESTADO DO AMAZONAS.....	135
2. O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.....	138
3. O ESTADO DE MATO GROSSO.....	141
4. O ESTADO DE MINAS GERAIS.....	142
5. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	144
6. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	145
7. O ESTADO DE SÃO PAULO.....	147
8. AS DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO.....	148

CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS.....	155
ANEXO – Leis.....	159

Parte I

PREMISSAS DO DEBATE

A democracia tem se expandido quantitativamente no mundo - aumento do número de países que adotam o regime democrático - porém, é nítida a dificuldade de expansão qualitativa, isto é, muitos países vivem uma democracia parcial, são tidos democráticos, porém, neles vigoram leis que contrariam os princípios da democracia; Os Estados Unidos da América e o Brasil, por exemplo, vivem sob regime da democracia, no entanto, desrespeitam Direitos Humanos, neles há distorção no processo eletivo e o acesso à justiça não é pleno. Portanto, nesses países a democracia não é plena, não tem qualidade desejável. Sobre direitos humanos ou fundamentais, o Professor João Baptista Herkenhoff, lembra:

É verdade que direitos afirmados há quase 50 anos ainda não encontram plena aceitação. É flagrante o desrespeito a esses direitos, quer nos países do Terceiro Mundo (ou mundo dos pobres, caso se entenda que já não existem 3 mundos, mas apenas 2), quer na opulência do Primeiro Mundo (ou mundo dos países ricos).¹

Os significados de determinados termos sofrem modificação conforme a evolução da sociedade. O termo “democracia”, por exemplo, foi ampliado desde sua origem até os dias atuais, embora mantenha a essência, que é a participação dos governados no governo. Como lembrou Kelsen,

O significado original do termo “democracia” cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de “governo do povo” (demos + povo, kratem = governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no

¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*, p. 15.

sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental.²

Disse Bobbio, “o problema da Democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é, como se vê, antigo. Tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas”.³ É certo que nunca houve um conceito consensual de democracia, o que ensejou o surgimento de teorias como a clássica, a medieval e a moderna, consoante as tradições históricas.⁴ Mas, nenhuma deve ser considerada certa ou errada, são concepções diferentes para atender aos ideais predominantes em determinado espaço e tempo. Por conseguinte, o que não é correto é adotar uma concepção incompatível com os ideais que predominem. No Brasil, os ideais que norteiam o atual momento histórico são os sociais-democráticos, portanto, a concepção liberal de democracia não se coaduna com as atuais engrenagens políticas, que implicam na definição das econômicas e sociais.

Os regimes liberais-democráticos adotam a denominada democracia formal, que é, nas palavras de Bobbio, “mais um Governo do povo”, enquanto os regimes sociais-democratas preferem a democracia substancial, que é, segundo o mesmo autor italiano, “mais um Governo para o povo”.⁵

A existência de democracia plena exige do Estado Soberano mais que o cumprimento de sua função legislativa e da possibilidade de alternância do poder através de eleições diretas. Exige também, que a representatividade do povo no parlamento seja proporcional ao número de eleitores da unidade interna (Estado membro ou Província, conforme o caso), de forma que uma unidade não tenha mais peso que outra no parlamento. Outrossim a democracia plena impõe neutralidade política da mídia, igualdade de oportunidades de acesso ao trabalho, à saúde, à educação e a outros serviços públicos, assim como é indispensável a

² Kelsen, Hans. *A democracia*, p. 140.

³ Bobbio, Norberto [et. al.]. *Dicionário de política*, p.320.

⁴ Idem, p. 319.

garantia de acesso à justiça a todos.

É preciso substituir a concepção liberal de democracia, em que “o processo de democratização [...] consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo”, pela concepção social.

Ainda consoante Bobbio, na teoria política contemporânea a democracia consiste em regras de jogo, dentre elas:

“1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo [...]; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos [...]; 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade [...] devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião [...]; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condições de ter reais alternativas [...]”⁶

Observa-se que mesmo a democracia concebida segundo o liberalismo e adotada para a nossa social-democracia, algumas regras não são observadas ou são distorcidas, como a da liberdade. Esta é apenas formal quando algo externo, como a mídia, influi tão fortemente nas decisões das pessoas, que estas se tornam incapazes de decidirem por vontade própria, formada livremente.

O Estado de Direito, sobretudo se social, pressupõe democracia, que exige a observância ao devido processo legal, somente existente quando há pleno acesso à justiça. Este estudo não alcançará todos os elementos da democracia, mas somente o último - garantia de acesso à justiça - especificamente no que diz respeito à produção de prova, sobretudo a pericial consistente no exame de DNA em investigação de paternidade. Destaca-se o tema pela relevância nos países que se pretendem democráticos, nos quais, no entanto, milhares de pessoas são tolhidas do acesso pleno à justiça em razão da carência de recursos financeiros.

⁵ Idem, p. 327.

⁶ Idem, p.327.

As despesas do processo sempre constituíram problema para a pessoa carente, dificultando, senão impedindo, o acesso destas à justiça. Muito se evoluiu em muitos ordenamentos para remover tal obstáculo. No Brasil, algumas leis se destacam: A de número 1.060/51 (assistência judiciária gratuita), a própria Constituição da República Federativa do Brasil, ao prever a criação das Defensorias Públicas, e as leis estaduais, criando-as, além da Lei Complementar nº 80/94, que criou a Defensoria Pública da União.

O problema foi minimizado, mas não foi integralmente resolvido, porquanto nem todas as despesas do processo são feitas às expensas do Estado. A produção de provas tem custo nem sempre cobertos pelo poder público, mormente no que diz respeito à prova pericial.

A decisão judicial desfavorável à parte, decorrente da ausência de determinada prova, que não fora produzida em razão de falta de recursos financeiros, significa negação do pleno acesso à justiça e inobservância do princípio do devido processo legal, o que desqualifica a democracia do Estado Soberano prestador da jurisdição, comprometendo o Estado de Direito. É desse aspecto que este estudo cuidará, procurando ressaltar seus efeitos.

Tanto a garantia de acesso à Justiça (CR, 5º, XXXV) quanto a do devido processo legal (CR, 5º, LIV) estão previstas no rol dos direitos fundamentais, constituindo a base sobre a qual se assenta toda a Constituição, e o prisma sob o qual serão interpretadas todas as normas infraconstitucionais.

A produção de prova em um processo é direito da parte, cujo exercício não pode ser impedido nem dificultado, por integrar o conceito de devido processo legal e indispensável ao acesso à justiça. Portanto, impedir a produção de prova significa impedir o acesso à justiça, violar o princípio do devido processo legal, comprometer o Estado de Direito e desqualificar a democracia.

No caso específico da prova pericial na investigação de paternidade, significa mais, importa em violar a dignidade da pessoa humana, impedindo que esta conheça sua própria identidade, sua ascendência. Destarte, o impedimento da produção dessa prova, ainda que por omissão, constitui grave violação da Constituição da República Federativa do Brasil.

1. O ACESSO À JUSTIÇA

Tema bastante debatido entre os estudiosos não somente do Direito, mas também de outras ciências humanas, o acesso à justiça se destaca por sua relevância para consolidação da democracia e caracterização do Estado de Direito. Realmente não se pode dizer democrático o país que nega acesso pleno à justiça aos que não dispõem de recursos financeiros para suportar as respectivas despesas. Não há respeito ao princípio do "devido processo legal" se a decisão judicial depender dos recursos financeiros da parte.

A expressão "acesso à justiça" abrange muito mais do que o mero acesso ao Poder Judiciário, do que a possibilidade de ser admitido em um processo. Essa acepção restrita do princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (CR, art. 5º, XXXV) deve ser descartada para dar-lhe interpretação ampla.

Acesso à justiça é entendido como acesso à ordem jurídica justa, consoante Kazuo Watanabe em sua valiosa lição: "A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa"⁷. Assim também em Dinamarco citando o mencionado autor. Após asseverar que acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo, Dinamarco, com muita propriedade, preleciona: "Só tem

⁷ WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*, p. 128/135.

acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”⁸.

Notável obra jurídica sobre o assunto, que influenciou sobremaneira doutrinadores de vários ordenamentos, foi escrita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth e levou o sugestivo nome de “Acesso à Justiça”, sendo traduzida para o português em nosso País, pela Ministra Ellen Gracie Northfleet. Nessa obra, os autores destacam que o acesso efetivo à justiça poderia ser traduzido por “igualdade de armas”, para que a decisão judicial resulte apenas do mérito jurídico das partes, sem interferência de fatores estranhos ao direito discutido no processo; porém, ressaltam que essa perfeita igualdade é utópica, mas deve ser perseguida o quanto possível. Na seqüência, identificam os obstáculos que devem ser atacados: *Custas judiciais*, mencionando seus efeitos nas pequenas causas e em decorrência do tempo de duração do processo; *possibilidades das partes*, envolvendo recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e a influência dos litigantes habituais contra os eventuais; *problemas especiais dos interesses difusos etc.*⁹

Os mencionados autores fazem um retrospecto na evolução da questão, observando que duas etapas foram concluídas. Chamam uma de “primeira onda”, na qual se destaca a criação da assistência judiciária para os pobres; a outra, que chamam de “segunda onda” diz respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos; a “terceira onda” eles chamam de ‘enfoque de acesso à justiça’, inclui as anteriores e acrescenta o aspecto do ataque às barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

O acesso a uma ordem jurídica justa, na visão de Ada Pellegrini Grinover, citada

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 115.

⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, passim.

por Walter Camejo Filho, significa: “Acesso a uma Justiça imparcial; a uma Justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz”¹⁰.

Numa sociedade capitalista como a nossa, em que a desigualdade social aflora, é que a questão do acesso efetivo à justiça ganha relevo, porquanto, em regra, uma parcela da sociedade o tem, outra não. A dificuldade de acesso é experimentada pelos pobres, pelos carentes de recursos financeiros e de instrução. É a essa parcela da sociedade que se tem de garantir o acesso efetivo à justiça, porque a outra parcela já o tem.

Nosso ordenamento evoluiu de maneira a suprimir muitos dos obstáculos. No que diz respeito ao aspecto objetivo, dificuldade não há, haja vista a norma constitucional inserta no artigo 5º, XXXV, assegurando a apreciação pelo Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça a direito. Entretanto, no que se relaciona com o aspecto subjetivo, grandes são as dificuldades. Faz-se necessária uma interpretação adequada, ampla o suficiente para permitir a superação dos obstáculos encontrados pelo sujeito do direito.

Medidas adotadas em diversos ordenamentos foram apontadas por CAPPELLETTI e GARTH, com a finalidade de remover obstáculos e abrir caminhos de acesso à justiça para os pobres, porquanto, os abastados não enfrentam esse problema. Acerca da “assistência judiciária”, mencionam: 1) o “Sistema Judicare”, adotado pela Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, consistente em disponibilização de advogados particulares, bem remunerados pelo Estado, o que atrai quase todos os advogados, permitindo ao carente ingressar em Juízo, representado por advogado bem preparado,

¹⁰ CAMEJO FILHO, Walter. *Garantia do acesso à justiça*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Processo e Constituição*, p. 18.

igualando suas armas às do adversário; 2) O “Advogado Remunerado Pelos Cofres Públicos”, sistema adotado pelos Estados Unidos, e que tem o mesmo escopo; e, “Modelos Combinados”, adotados, por exemplo, pela Suécia e pela Província canadense de Quebec, e que também tem a mesma finalidade, isto é, remover o obstáculo da falta de assessoria, em razão da carência de recursos financeiros. Mencionam ainda, os mesmos autores, no movimento que chamam de “Segunda Onda”, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais, no sentido de afastarem regras que dificultavam a aceitação de grupos ou entidades em juízo, defendendo interesses difusos.¹¹

1.1 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Os obstáculos a que se referem os mencionados autores são os mesmos encontrados em quase todos os ordenamentos. Os pobres, em regra, têm mais dificuldades tanto por serem pobres e, por isso, não disporem de recursos para as despesas do processo, quanto por ausência de conhecimento. A pobreza gera ignorância e por ela é gerada, em um círculo vicioso.

Alguns dos obstáculos que separam os pobres - de recursos e de conhecimentos - da justiça são: Desconhecimento de seus próprios direitos e da medida a ser adotada em caso de ameaça ou violação dos mesmos; a falta de assistência judiciária adequada; as despesas do processo; e a demora do provimento judicial. A seguir, ver-se-á cada um desses obstáculos.

1.1.1 Desconhecimento de seus próprios direitos

A natureza humana caracterizada pela inteligência que diferencia os humanos dos demais animais conduz a humanidade à evolução; com ela evoluem as regras de

¹¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, idem, passim.

convivência que integram o Direito. A organização da sociedade e a pressão que esta exerce sobre o legislador, no Estado de Direito, acelera o processo de evolução do Direito com grande número de novas normas jurídicas a cada dia. Se para o cidadão bem informado é difícil conhecê-las todas, que dizer do pobre ignorante? Está condenado a viver à margem da lei se não contar com boa assessoria.

A mídia tem um papel importante nessa tarefa educativa, que somente cumpre em parte, preferindo divulgar a violência e os novos métodos de violação da lei, das regras morais e éticas, estimular o consumismo e banalizar valores. O Estado também é parcialmente omissa em seu papel educador. Assim, Direitos deixam de ser exercidos em razão da ignorância de seu titular.

1.1.2 Desconhecimento da medida contra violação de direitos

O exercício de direitos requer não só o conhecimento da sua existência como também o da medida a ser adotada. Nem sempre o titular de um direito sabe como e a quem reivindicá-lo, e em caso de ameaça ou violação, que órgão procurar etc.

A violação de direitos precisa ser provada em juízo, às vezes é suficiente o depoimento de testemunhas, que muitas vezes deixam de ser providenciadas no momento certo - o da tentativa de exercício do direito - por desconhecimento de sua necessidade no futuro. Muitos consumidores não sabem da existência do PROCON, das agências nacionais e dos Juizados Especiais, por exemplo.

Não raro contratos verbais são celebrados, negócios envolvendo aquisição de imóveis são feitos com pagamento mediante simples recibos, em muitos casos por desconhecimento das normas, o que dificulta o exercício de alguns direitos no futuro.

1.1.3 A assistência judiciária

A identificação de um direito e da medida adequada para a defesa do mesmo depende de uma boa assistência jurídica, nesta incluída a judiciária. É preciso uma orientação prévia, o exercício de um direito às vezes depende da forma como foi celebrado um determinado contrato, ou de como a pessoa procedeu em determinada situação. Por isso, a orientação prévia de um advogado - assistência jurídica - é medida necessária. As pessoas bem instruídas e as jurídicas bem organizadas, em regra, a tem. Os pobres, por falta de conhecimento e de recursos financeiros, dela são carentes.

Em juízo, não basta ter um advogado, é preciso ter o advogado certo, com experiência no ramo do Direito a que pertence o objeto da causa. Seria uma catástrofe escolher um advogado criminalista para promover uma ação de indenização, a escolha deve recair sobre um advogado com conhecimento e experiência em direito civil e direito processual civil. De igual modo, para cobrar direitos decorrentes de relação de trabalho na Justiça do Trabalho, deve-se constituir um advogado com experiência nesse ramo do Direito; o mesmo ocorrendo com o especialista em direitos sucessórios para cuidar de um inventário, e assim por diante.

Ademais, sabe-se que nem todos os profissionais são igualmente preparados, uns se dedicam mais, outros menos. Os que se encontram em um nível de melhor preparação normalmente cobram mais por seus serviços, por isso recusam causas de pequeno valor. Assim, os pobres dificilmente são assistidos por advogados bem qualificados.

Como dito acima, a falta de assistência jurídica quando da aquisição do direito causa dificuldade no momento de seu exercício. Se o advogado não for bem

preparado, a dificuldade aumenta, facilitando para o violador do direito alheio.

1.1.4 As despesas do processo

Outro fator de restrição ao acesso à justiça para o pobre são as despesas do processo. Em muitos casos, as despesas excedem o valor da própria causa, ou seja, o bem da vida pleiteado vale menos que as custas do processo. Se estas devem ser adiantadas, a dificuldade torna-se insuperável. As despesas do processo são constituídas principalmente dos tributos devidos ao Estado, dos honorários de advogado e de perito. Em alguns casos encarecem tanto que inviabilizam o processo para o carente de recursos.

No Brasil, as custas variam de Estado para Estado da Federação. Em regra, são baseadas no valor da causa. Alguns Estados têm um limite máximo, outros não. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, nas causas de valor acima de R\$ 1.266.363,54, de competência da Vara de Família, Conflitos Agrários e Juizados Especiais, são cobrados R\$ 362,44 de custas, R\$ 3.483,04 de taxa judiciária, totalizando R\$ 3.845,48, consoante tabela divulgada na página eletrônica da Corregedoria do respectivo Tribunal de Justiça, em vigor em 06/06/2008. Essa tabela é mais justa que uma outra que já vigorou e segundo a qual, nas causas de valor acima de R\$ 300.000,00, ao valor fixo das custas era acrescido 0,5% do que excedesse a este valor.

No Estado do Espírito Santo, consoante o Ato 2.659/2007 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, elaborada com base na Lei Estadual 4.847/93, disponível em sua página eletrônica em 06/06/2008, as custas têm um limite. Nas causas de valor acima de R\$ 95.000,01 (ações ordinárias) elas importam em R\$ 1.260,62, qualquer que seja o valor da causa. Esta quantia pode ser acrescida de outras despesas como diligências de oficiais de justiça, não incluídas no cálculo inicial.

De igual modo, no Estado da Bahia as custas têm valor único - R\$ 3.364,00 - em causas de valor acima de R\$ 297.379,84, consoante tabela disponível na página eletrônica do respectivo Tribunal de Justiça, em 06/06/2008.

Além das custas, como dito acima, os honorários advocatícios também integram as despesas do processo. Variam de 10 a 20% do valor da causa. Se a causa é de um milhão de reais, os honorários serão de cem a duzentos mil reais. Porém, se a causa é de valor baixo em razão do objeto, que pode ser de valor inestimável ou baixo mesmo, os honorários podem ser contratados de forma diferente, em valor fixo, por exemplo.

Os chamados honorários de sucumbência - aqueles fixados pelo juiz ao proferir a sentença - eram devidos pelo vencido ao vencedor, como restituição daquilo que ele desembolsou para remunerar seu advogado. Entretanto, uma absurda mudança na Lei 8.906/94 alterou essa regra, estabelecendo que os referidos honorários são destinados ao advogado. Assim, o advogado que contratou e recebeu honorários de seu constituinte, receberá duas vezes, porque receberá também do vencido, enquanto seu constituinte poderá ficar no prejuízo, salvo se o advogado for diligente e requerer a indenização pelos honorários contratados, juntando, obviamente, o instrumento do contrato e o recibo do pagamento, o que raramente se vê. Quanto ao percentual, também varia de 10 a 20%, sendo que nas causas de valor inestimável ou muito baixo, o juiz poderá fixar o valor dos honorários, tomando por base a natureza da causa, o trabalho e o zelo do advogado, além de outros aspectos, eqüitativamente.

Outra despesa significativa é dos honorários de perito quando for o caso da atuação deste, seja para proceder a um exame, seja para fazer uma avaliação ou outro trabalho pericial como a elaboração de cálculos. Trata-se de serviço cujo preço é estimado pelo próprio perito, podendo ser fixado pelo juiz, porém, varia conforme a complexidade do trabalho, o tempo despendido, o investimento do

perito com deslocamento, material, alimentação etc.

Estas são as despesas mais significativas, embora existam outras como as com diligências de oficiais de justiça, fotocópias e autenticações de documentos, OAB etc.

1.1.5 A demora do provimento judicial

Acesso à ordem jurídica justa inclui um provimento rápido, célere, em prazo razoável, para falar na linguagem hodierna dos doutrinadores. O monopólio da Justiça exige do Estado, que o detém, a desincumbência da obrigação em prazo razoável, ou seja, dentro de um lapso temporal que traga integral proveito ao jurisdicionado. A demora pode anular a vitória judicial. Aquele que desiste de um consórcio e pede o ressarcimento das parcelas pagas, só terá proveito se a entrega da integral prestação jurisdicional, com a entrega do bem da vida - no caso, o dinheiro – ocorrer antes do encerramento do grupo. Após esse prazo não há proveito ao jurisdicionado, que já o receberia diretamente da administradora do consórcio, sem a interferência do Estado. Um provimento dessa natureza caracteriza injustiça ou negação do pleno acesso à ordem jurídica justa.

O titular do direito violado, sabendo da possibilidade da demora do processo, não raro prefere negociar com a outra parte cedendo mais do que gostaria. Outras vezes, prefere deixar de exercer seu direito, arcando com o prejuízo.

1.2. O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A norma constitucional insere no inciso XXXV do art. 5º - “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - afasta qualquer dúvida acerca do acesso objetivo à Justiça, da aceitação em juízo, o acesso à Justiça-instituição. Porém, a interpretação adequada e consentânea com o nosso ordenamento é a de que essa norma contempla também o aspecto subjetivo, garantindo o acesso à ordem jurídica justa, ou seja, garante o acesso à justiça-valor, portanto, ao acesso pleno à Justiça.

A norma constitucional em questão gera obrigações ao Estado detentor do monopólio da Justiça, como a obrigação de oferecer aos jurisdicionados igualdade de armas quando litigarem, proporcionando o acesso pleno à justiça a todos. No entanto, esse é o plano do “dever ser”, que nem sempre coincide com o do “ser”.

Algumas barreiras foram superadas, de modo a permitir o ingresso de qualquer pessoa em juízo, porém, a saída ainda é problema. Quem ingressa em juízo deseja dele sair, mas com o provimento necessário ao exercício do direito, em tempo razoável. Isso nem sempre é possível.

1.2.1 Sobre conhecer seus próprios direitos

Nosso ordenamento prevê a assistência judiciária aos necessitados na lei 1.060/50. A mesma Lei dispõe ainda, no artigo 5º, § 1º, que deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de 2 dias, o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

Não havendo serviço de assistência judiciária por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por suas seções estaduais ou subseções municipais, ou pelo juiz, se não houver subseção da OAB no município.

A partir do momento em que a pessoa carente necessite ingressar em juízo para

proteger seus direitos, a lei infraconstitucional oferece-lhe a assistência necessária, como se vê nas linhas anteriores, porém, não a contempla com a orientação jurídica anterior a esse momento. Por outro lado, não se pode dizer que não há garantia de acesso ao aparelho judicial por falta de assistência judiciária, porquanto esta está garantida.

Passo largo e importante deu o constituinte brasileiro de 1987/1988, ao inserir na Constituição da República a previsão de assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos, e ao autorizar/determinar a criação da Defensoria Pública, com *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com a função de prestar orientação jurídica aos necessitados e promover a defesa dos mesmos em todos os graus, na forma da lei.

Observe-se que a assistência prevista é jurídica e não somente a judiciária, que está contida naquela. A assistência jurídica inicia antes e independente da necessidade de assistência judiciária e de existência de processo. Ela pode ocorrer para a identificação de direitos, para orientação na contratação, na escolha do especialista adequado etc.

O legislador ordinário, porém, quando modificou a Lei 1060/50 para adaptá-la à Constituição, cometeu o erro de mencionar apenas assistência judiciária. Esse cochilo do legislador não impede que o Estado, através da Defensoria Pública, preste a assistência completa. A lei deve ser interpretada à luz da Constituição, e esta determina a assistência jurídica, que compreende a judiciária.

O único Estado brasileiro que ainda não criou a Defensoria Pública é o Estado de Santa Catarina. Notícia publicada em 28/03/2007, na página eletrônica da Defensoria Pública da União, através da INTERNET¹², informa que esta promoveu um Encontro Institucional pela criação da Defensoria Pública Estadual em Santa

Catarina. Este Estado está em débito com seu povo, sua omissão constitui grave ameaça ao Estado de Direito, pois, viola o sagrado direito de acesso à justiça. No caso das pessoas carentes que buscam o Poder Judiciário em ação de investigação de paternidade, a negativa de acesso à justiça é dupla, configurada tanto pela falta de Defensor Público para patrocinar seus interesses em juízo, quanto por impedir a produção da prova pericial, pois, o mencionado Estado também está omissos no que diz respeito à edição de lei que viabilize o exame de DNA gratuitamente, como veremos ao final.

1.2.2 Acerca da medida contra violação de direitos

O problema da identificação da medida a ser adotada contra ameaça ou violação de direitos, após a identificação do próprio direito, é tarefa para a assistência jurídica, partindo-se do princípio de que a pessoa carente de recursos, em regra, é também carente de conhecimentos técnicos e até do mundo que o cerca.

Não obstante a Lei 1060/50 mencionar apenas a assistência judiciária, a Defensoria Pública onde houver, ou o advogado nomeado para tal fim deverá desempenhar este papel por força do que dispõe a Constituição da República (art. 5º, LXXIV e 134). Isso, porém, está no plano do dever ser. A realidade é outra, as Defensorias não dispõem de defensores suficientes para atender a todos os necessitados; os advogados nomeados pelo juiz, não raro, recusam o encargo, e os que aceitam nem sempre estão suficientemente preparados.

A parte que se faz representar em juízo por advogado despreparado para atuar no ramo do direito a que pertence a sua causa, encontra-se em desigualdade com relação à parte adversa, o que compromete o resultado, implicando em uma prestação jurisdicional inadequada.

¹² <http://www.dpu.gov.br/noticias/2007/abril/rls250407encontro.htm>

1.2.3 A respeito da assistência judiciária

Salvo as insuficiências de recursos humanos e financeiros, as Defensorias cumprem o papel de prestar assistência judiciária. Onde não haja Defensoria, a lei oferece a alternativa da nomeação de advogado pelo juiz ou pela OAB.

Não significa, porém, que o problema esteja resolvido, porquanto, a insuficiência do número de Defensores Públicos retarda a prestação da assistência, obriga o necessitado a enfrentar longas filas, perdendo tempo.

Ademais, muitos são os municípios que não contam com Defensorias nem do Estado nem da União, restando a alternativa da nomeação de advogado, que, repito, nem sempre bem preparado. É certo que, havendo Defensoria no Estado, ainda que não haja no município, o juiz pode determinar que a mesma indique um Defensor. Nessa hipótese, é fácil prever que a assistência será precária, mormente considerando-se a insuficiência de recursos financeiros para deslocamento do Defensor.

1.2.4 Quanto à demora do provimento judicial

A tempestividade do provimento judicial integra o conceito de ordem jurídica justa, portanto é um requisito do acesso à justiça, como já analisado em linhas anteriores. No Brasil, esse problema ainda não foi integralmente resolvido, mas não se pode olvidar que nos processos que tramitam pelos Juizados Especiais, ele só existe nos grandes centros ou em Estados que não organizaram varas especializadas.

No Estado do Espírito Santo, por exemplo, em regra o processo não demora excessivamente. O princípio da celeridade é observado na maioria das varas especializadas de Juizados Especiais. A observância desse princípio constitui

problema, no entanto, em alguns Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital, em que a demanda cresceu muito e não foram criados outros juizados nem colocados juízes adjuntos em número suficiente, como aconteceu no Juizado que funciona na Casa do Cidadão, no Bairro Maruípe, em Vitória, por onde chegou a tramitar cerca de 6 mil processos, com apenas 2 Juízes. Esse número caiu para 4.879 em maio/08, com a colaboração eventual de um terceiro juiz. Ainda assim, há um número excessivo por juiz, o que implica em retardar a prestação jurisdicional.

Os juizados especiais constituem uma das mais significativas inovações do Poder Judiciário. A gratuidade da justiça, a observância de princípios como o da celeridade, da informalidade e da oralidade, muito contribuem para o alcance do acesso à justiça.

Nas causas de valor até o equivalente a 20 salários mínimos, nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, não há necessidade de assistência de advogado, o que muito facilita para o jurisdicionado, que exerce o *jus postulandi*, isto é, o direito de postular diretamente, sem ser representado ou mesmo assistido por advogado.

Somente nas causas de valor acima de 20 salários mínimos ou em caso de recurso, há necessidade de assistência de advogado. Para essa última hipótese também são cobradas as custas, o que inibe os recursos protelatórios. Essas regras facilitam o acesso à justiça ao mesmo tempo em que cuida de garantir a assistência judiciária à parte nas causas cujo bem da vida tenha valor significativo, no caso, o equivalente a quantia acima de 20 salários mínimos.

Nota-se que a criação dos juizados especiais, sobretudo os cíveis, constituiu medida de alta relevância para facilitar o acesso à justiça, permitindo um significativo avanço do País neste sentido, o que favorece o Estado de Direito e contribui para a consolidação e avanço da democracia. Resta aos entes políticos cuidarem do seu aperfeiçoamento e de adotarem as medidas necessárias para que a Lei que os instituiu seja integralmente cumprida. Os juizados devem receber

a prioridade que a lei prevê, com o aparelhamento necessário ao pleno funcionamento.

1.2.5 Em relação às despesas do processo

No que diz respeito às custas, o problema está resolvido. A lei 1060/50 garante a gratuidade da justiça a quem não possa efetuar o pagamento das despesas sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Isso significa que aquele que se enquadre nessa situação não está obrigado a adiantar o pagamento das custas processuais. Se sucumbente, porém, será condenado a pagá-las, entretanto, a cobrança não ocorrerá enquanto a situação de carência se perdurar. A prescrição ocorrerá no prazo de 5 anos, eliminando a possibilidade de o Estado cobrar a dívida após esse prazo.

No art. 3º, a Lei 1060/50 estabelece que a assistência judiciária compreende as seguintes isenções: taxas judiciárias e dos selos; emolumentos e custas; despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; indenizações devidas às testemunhas; honorários de advogados e peritos; despesas com realização do exame do código genético - DNA - que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

Quanto aos honorários de advogado, o beneficiário da assistência judiciária, se sucumbente, isto é, se for vencido na demanda, será condenado a pagá-los, porém, assim como em relação às custas, a cobrança ficará suspensa até que, no prazo prescricional de 5 anos, a parte venha a perder a condição de necessitado.

Com a isenção das despesas relacionadas no artigo 3º da Lei 1060/50, o problema parece integralmente resolvido, mas infelizmente não é verdade. A questão dos honorários de perito constitui dificuldade ainda não superada para o

litigante pobre. Ocorre que a maioria dos peritos são particulares e não são obrigados a aceitar o encargo, e quando aceitam, têm o direito de cobrar pelo serviço.

De todas as despesas do processo, a relativa aos honorários de perito é que interessa particularmente a este estudo, por representar a principal dificuldade - quase insuperável na atualidade - para o litigante pobre. Não obstante ocorrer o problema em qualquer processo cível, e com qualquer espécie de perícia, interessa mais acentuadamente ao presente trabalho a perícia relativa ao exame do código genético de pessoas – DNA - nas ações de investigação de paternidade.

Alguns Estados da Federação, em nosso país, como o do Espírito Santo, destinaram verba em seus orçamentos para custear a despesa com o exame de DNA, porém, nem sempre atendem a todos. No Estado do Espírito Santo, a aplicação dessa verba é administrada pela Defensoria Pública e atende aos litigantes por ela assistidos.

Ocorre que nem todas as comarcas têm Defensoria Pública, como a de Afonso Cláudio; outras o têm em quantidade insuficiente, o que dificulta o atendimento. Comarcas de Terceira Entrância como Barra de São Francisco e Nova Venécia, com cinco Varas, dispõem de um só defensor público, que tem de fazer o atendimento, elaborar as peças processuais e participar das audiências e júris. Nessa situação, uns jurisdicionados contam com a Defensoria Pública, outros não, embora estejam em igual situação de carência.

2. TEORIA CONTEMPORÂNEA DA PROVA E PROVA PERICIAL

Antes de aprofundarmos um pouco mais o estudo do exercício do direito de

produção da prova pericial especificamente, faz-se necessário situar a prova de um modo geral nos dias atuais, fazendo, ao final, sua ligação com aquela, a partir de uma teoria geral.

2.1 - CONCEITO DE PROVA

A palavra prova pode ter vários significados; quando se diz “tenho condições de provar os fatos alegados”, emprega-se “prova” no sentido de produzir a prova, isto é, no sentido da ação de provar; de outro lado, quando se requer a produção da prova testemunhal ou documental, por exemplo, o sentido da prova é o de “meio de prova”; outra acepção verifica-se quando se diz, por exemplo, “os fatos estão devidamente provados”, fala-se aí dos resultados tanto da ação quanto dos meios de prova.

Observa-se que “prova” tem várias acepções no processo, podendo significar

Inicialmente os instrumentos de que serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; este é o espaço à que se alude à produção de prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, no dizer de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica do conhecimento¹³.

Na própria legislação podemos perceber diferentes acepções para a palavra “prova”, ora significando o ato instrutório do processo, ora significando os elementos destinados à convicção do juiz acerca dos fatos controvertidos no processo.

O português João de Castro Martins, citado por Rodrigo Xavier Leonardo, propôs

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v. 2: *processo de conhecimento*, p. 258/259.

a concepção tripartida da prova, segundo a qual, “a prova, em sua conceituação jurídica, comportaria a idéia de atividade, entendida como um ato jurídico processual; como meio, conquanto fato produtor da convicção; e como fim, qual seja, o convencimento do juiz”.¹⁴

2.2 - NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS JUDICIAIS

Quatro são as correntes que se destacam no estudo da natureza jurídica das provas judiciais. A primeira conclui que a prova judicial tem natureza de direito material; a segunda assegura que a mesma tem natureza mista; a terceira advoga a tese da natureza exclusivamente processual; e a quarta que sustenta existir duas categorias de provas, uma que tem natureza processual e outra com natureza material.

O italiano Andrea Proto Pisani sustenta que as normas sobre provas têm natureza processual, sobretudo pela circunstância que a função institucional das provas é oferecer ao juiz instrumento de conhecimento do fato.¹⁵

2.3 - A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO

O Estado liberal pautava-se pela menor intervenção possível do Estado nas relações jurídicas privadas, enquanto o Estado Social exige uma maior intervenção do Estado, através de suas funções - Executiva, Legislativa e Judiciária - a fim de promover um equilíbrio entre as partes desiguais nas relações jurídicas.

¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 17.

¹⁵ PISANI. Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*, p. 403.

Um dos escopos do Estado é promover a paz social, tarefa na qual o Poder Judiciário desempenha papel relevante, e ao qual todos têm acesso, através de um processo em que as partes devem ter iguais armas, dentre elas a produção de provas acerca dos fatos que dão sustentação à tese defensiva de seus direitos.

No Estado Social, parte-se da premissa de que ambas as partes buscam, não obstante o conflito de interesses, a paz social, que constitui um interesse comum entre os demandantes. A igualdade formal do Estado Liberal cede lugar à igualdade real, o que exige do juiz uma participação ativa no processo, e aumenta a relevância da prova como instrumento indispensável ao processo e, portanto, ao alcance da paz social.

De um lado, os litigantes buscam demonstrar o direito que alegam ter, servindo-se da prova; de outro lado, o juiz serve-se da mesma para fundamentar sua decisão e legitimar a coisa julgada, na visão de Marcelo Abelha.¹⁶

A prova tem papel de destaque no processo, sendo relevante para o acesso à justiça e para o Estado Democrático de Direito. É através da prova que o juiz forma sua convicção, viabilizando sua decisão e a conseqüente prestação jurisdicional. Do ponto de vista da parte, não menos importante é o papel da prova, instrumento do qual se serve para convencer o juiz da existência do fato que sustenta sua demanda e fundamenta seu pedido, e, portanto, obter o provimento pleiteado.

A convicção do juiz, por sua vez, deve ser formada em consonância com o princípio do livre convencimento racional. A palavra “racional” indica que a liberdade do juiz não significa sua convicção pessoal, mas a obtida a partir de elementos lógicos e racionais. Nas palavras de Danilo Knijnik, o livre convencimento não significa, na verdade, um convencimento livre.¹⁷ O mesmo

¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*, v. I, p. 297.

¹⁷ KNIJNIK, Danilo. *Os standarts do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*.

autor assevera que “parte-se da idéia fundamental de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária”.¹⁸

2.4 A PROVA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é, em síntese, a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível. Sua inserção na Constituição era desnecessária porque o Estado Democrático de Direito o pressupõe. Afinal, os postulados fundamentais do devido processo legal no direito processual são o Estado de Direito e a democracia, neste postulado incluído o direito à isonomia. Entretanto, está expressamente previsto no artigo 5º, LIV, além de outras garantias elencadas no próprio artigo 5º e em outros artigos, que o configura.

Não obstante o *due process* haver sido instituído no sistema jurídico inglês no âmbito do processo penal, portanto, de cunho processualístico, no sistema da *common law*, porém, gradativamente foi-se modificando, encontrando-se hodiernamente com o conceito alargado com a contribuição da doutrina e da jurisprudência, indicando tanto tutela processual - judicial e administrativa - quanto substancial.

A proibição da edição de leis penais com efeito retroativo e a obrigatoriedade da Administração Pública agir em conformidade com a previsão legal indicam a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo.

A doutrina brasileira emprega a expressão “devido processo legal” no sentido processual, e se expressa nas seguintes garantias: direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação, direito a um rápido e público julgamento,

Revista Forense, v. 353, p. 32.

¹⁸ KNIJNIK, Danilo. *Idem*, p. 39.

direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais, direito ao procedimento contraditório, direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*, direito à plena igualdade entre acusação e defesa, direito contra medidas ilegais de busca e apreensão, direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas, direito à assistência judiciária, inclusive gratuita, privilégio contra a auto-incriminação.

No que diz respeito ao processo civil, manifesta-se a cláusula do devido processo legal: Na igualdade das partes, na garantia do *jus actionis*, no respeito ao direito de defesa e, por fim, no contraditório.

Não obstante a controvérsia sobre o surgimento do devido processo legal, sustenta-se que sua origem está na Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra, em 1.215, referindo-se no art. 39 à *law of the land*. O termo *due process of law*, somente em 1354 foi utilizado em lei na Inglaterra.

As garantias da ampla defesa e do contraditório são integrantes inafastáveis do devido processo legal. A primeira exige que aos litigantes sejam oportunizados todos os meios lícitos para a defesa de seus interesses, como argumentar por escrito e verbalmente, ser ouvido pessoalmente e produzir as provas necessárias. A segunda importa em proporcionar simétrica igualdade entre as partes, dando-lhes conhecimento de todos os atos processuais, inclusive os praticados pela outra parte, e facultando-lhes a contraposição pelos meios legais.

Essas garantias estão fortemente vinculadas e, juntas, integram como elementos imprescindíveis, o devido processo legal. Sendo a prova, um elemento indispensável à ampla defesa, o direito de sua produção é, também, imprescindível ao devido processo legal.

A produção de prova não pode sofrer restrições discriminatórias em razão da

particular condição de uma das partes. Assim procedendo, o Estado estaria privilegiando uma parte em relação à outra, o que violaria o princípio da ampla defesa. Assim, a pobreza não pode constituir uma restrição ao direito de produzir provas.

A simétrica igualdade entre as partes no processo, exigida pelo princípio do devido processo legal, requer a igualdade de armas, o que não se coaduna com o impedimento de produção de determinada prova, como a pericial, por carência de recursos financeiros da parte interessada.

Compete ao Estado suprir a mencionada carência, oferecendo os instrumentos para a produção da prova, como determina o art. 3º, VI da Lei 1060/50. Não lhe é dado restringir este direito, ofertando-o somente a quem esteja assistido pela Defensoria Pública ou, no caso da prova pericial consistente no exame de DNA, a quem disponha de amostras de parte do corpo de determinados parentes, para limitar o custo. A prova há de ser produzida conforme a necessidade, e não conforme o custo.

2.5 - ÔNUS DA PROVA

A existência de ônus com relação à atividade probatória e, principalmente, as regras de sua distribuição, decorrem da proibição de o juiz se abster de julgar alegando ausência de prova. O processo tem início com a narração pelo autor da demanda, de fatos que geram o direito para cujo exercício pede a intervenção do Estado. Na sequência, o réu tem a oportunidade de negar a existência dos mesmos fatos ou alegar outros que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. O Juiz entra na relação, como representante do Estado, ignorando a verdade acerca das alegações das partes. No entanto, precisa conhecê-la para decidir, e o faz através da atividade probatória. Ocorre que esta nem sempre é exitosa, pode ocorrer de permanecer dúvida na mente do juiz após

a fase probatória, o que não o autoriza a abster-se de julgar. Sua decisão não pode basear-se em sorteio ou método semelhante, ao contrário, deve ser fundamentada, isto é, deve conter a explicitação do seu convencimento. Esta é a razão da regra de distribuição do ônus da prova, especificando a parte que deve sofrer as consequências da ausência de prova.

Em nosso ordenamento a mencionada regra foi inserida no Código de Processo Civil, principalmente no artigo 333, que incumbe o autor de provar os fatos constitutivos de seu direito, e o réu de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do mesmo direito. A parte que não produzir a prova poderá ser prejudicada com a consideração de inexistência dos fatos não provados.

Aí reside, portanto, o fundamento do ônus da prova. BOAVENTURA PACÍFICO, acerca do assunto, esclarece:

Inicialmente, é bem de ver que o ônus da prova encontra fundamento sob dois prismas diversos e complementares. De um lado, mesmo na hipótese de não restarem suficientemente provados os fatos relevantes da lide, é imperioso que o juiz profira uma decisão: ele não pode se abster de julgar, proferindo *non liquet*. De outro – já que a decisão é inafastável e constitui precioso elemento para a eliminação da insegurança jurídica, contribuindo dessa forma para a paz social -, cumpre verificar qual o conteúdo que a decisão deve assumir em tal hipótese. Em outras palavras: diante da inevitabilidade do julgamento, quem deve sofrer as consequências do fato não provado?¹⁹

Quando se diz que determinada parte tem o ônus de provar, não se quer dizer que ela tem a obrigação de provar, porquanto, ônus e obrigação têm significados diferentes. Enquanto “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável”, nas palavras de CAIO MÁRIO,²⁰ pode-se dizer que “ônus” é o poder e a liberdade que a parte tem de praticar determinado ato, proporcionando para si um resultado positivo, cuja omissão não caracteriza ilicitude, mas pode implicar em um

¹⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 80.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, p. 5.

resultado negativo. Consoante MICHELLI, citado por Boaventura Pacífico, o ônus diferencia-se da obrigação também na titularidade do interesse; naquele, o interesse é próprio, neste, é alheio.²¹

O ônus da prova deve, porém, ser estudado sob o prisma do processo como instrumento de acesso à justiça. A norma que se extrai do dispositivo inserto no artigo 333 do Código de Processo Civil, reflete a influência do liberalismo. A norma equipara a livre disposição da prova à impossibilidade de produzi-la, o que parece equivocado, pois, julgar inexistente o fato cuja prova não foi produzida por livre decisão da parte que o alegou, não viola qualquer norma; entretanto, julgar inexistente fato cuja prova não foi produzida por impossibilidade, seja técnica, econômica ou de qualquer ordem, viola o princípio do contraditório, maculando o devido processo legal.

Marcelo Abelha, defendendo um caráter publicista da prova, assevera que esta "deve ser vista, sim, como algo intrínseco, necessário e indisponível à ordem jurídica justa". Afirmando o vínculo entre a prova e a coisa julgada como instrumento de pacificação social, acrescenta que "se a coisa julgada é instrumento público político da busca dessa paz e harmonia na sociedade, é certo também que a prova é o elemento ou instrumento idôneo para que a coisa julgada dê, efetivamente, justiça".²² A idéia do respeitado autor é a de que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC) estão ultrapassadas e não devem prevalecer diante do caráter publicista da prova, que deve ser adotado, dando-se relevo ao disposto no artigo 130 do mencionado Código, pois, aquelas normas que dão caráter privado à prova, não têm compromisso com a verdade nem com a ordem jurídica justa.

Uma posição ativa do juiz no processo, suprimindo deficiências das partes na investigação dos fatos na busca da verdade real, é defendida também por Ricardo

²¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Idem*, p. 25.

²² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, p. 300.

Arionne:

Modernamente, nossas legislações processuais, quanto aos princípios dispositivos e inquisitivos, são mistas, ainda mantendo ônus subjetivo da prova, cabendo às partes provar o alegado, mas oferecendo meios para que o julgador não fique passivamente aguardando a produção de provas no processo, devendo esse, investigar, de forma a buscar seu convencimento, caso a prova carreada não seja suficiente.²³

O ativismo judicial não descaracteriza o modelo dispositivo nem configura o inquisitivo. Nas palavras de Michele Taruffo, “não existe na realidade sistemas de processo civil que entreguem toda a condução do processo às partes ou, pelo contrário, ao juiz”.²⁴ Hodiernamente, todos os sistemas adotam um pouco de cada modelo, diferenciando-se pela preponderância de um ou de outro.

A ação judicial cível tem início com a apresentação da demanda pelo autor, através de uma petição inicial na qual ele deduz os fatos que constituem a causa de pedir, ou seja, os fatos constitutivos de seu direito. O réu pode, em sua resposta, além de admitir, negar os fatos deduzidos pelo autor ou alegar outros extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

O juiz decidirá a lide consoante as provas produzidas, não importando se as mesmas foram produzidas por iniciativa do autor, do réu ou do juiz, pois, a prova pertence ao processo. Assim, sendo produzidas as provas dos fatos alegados por qualquer das partes não há dificuldade, o juiz prolata a decisão, aplicando a norma abstrata ao caso concreto, entregando a prestação jurisdicional em consonância com as normas constitucionais, inclusive com a que garante o acesso à justiça. No entanto, se o fato alegado não restar provado, dificuldades surgem. Com efeito, o juiz não pode deixar de decidir, por nenhuma razão. Havendo lacuna da lei, esta deve ser suprida na forma do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". De outro lado, na ausência de provas

²³ ARIONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*, p. 30.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad. Derechos y libertades*. In Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año VII, enero/diciembre, 2002, nº 11.

dos fatos alegados, o juiz decidirá consoante determina o artigo 333 do Código de Processo Civil, ou seja, considerando inexistentes os fatos controvertidos, mas não provados.

Essa regra mereceu a crítica de Marcelo Abelha, acima explicitada, haja vista atribuir os mesmos efeitos à ausência de provas por negligência da parte e por impossibilidade de produzi-la, o que é injusto e viola a garantia do acesso à justiça, compreendido este como acesso à ordem jurídica justa.

Outrossim, acerca da distribuição do ônus da prova, com sua notória proficiência, afirma Chiovenda:

“Sem embargo, nem todas as provas que se fazem necessárias no processo para formar o convencimento do juiz sobre os fatos afirmados são atribuídas ao autor. Quando o demandado não se limita a negar o direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, compete a ele provar o fato extintivo, o mesmo ocorre para os fatos impeditivos”.²⁵

Notam-se duas perspectivas na regra que distribui o ônus da prova, uma de cunho subjetivo - regra de conduta - que estabelece os fatos que devem ser provados pelo autor - os constitutivos de seu direito - e os que devem ser provados pelo réu - os extintivos, modificativos ou impeditivos do direito daquele; outra de cunho objetivo - regra de julgamento - que determina sejam, na sentença, considerados falsos os fatos não provados, o que, obviamente, importa em prejuízo para a parte que negligenciou ou encontrou impossibilidade para a produção da prova acerca do fato que constitui seu direito, se autor, ou do que desconstitui, modifica ou impede o direito do autor, se for réu.

2.5.1 – Inversão do ônus da prova

²⁵ CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*, p. 264.

A inversão do ônus da prova é uma técnica que busca a adequada tutela dos direitos, bem como a igualdade material entre as partes.

A regra do art. 333 do CPC, pode ser invertida, ou seja, sobre o réu, em algumas situações, pode pesar o ônus da prova da inexistência do fato constitutivo do direito do autor. É o que autoriza, por exemplo, o parágrafo único do mesmo artigo, interpretado a *contrario sensu*; o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII, em ação que trate de litígio decorrente de relação de consumo, tendo como parte adversa um fornecedor, na hipótese de verossimilhança da alegação do consumidor ou sendo este hipossuficiente; e o artigo 3º da Medida Provisória 2.172-32.

A regra do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não configura inversão, mas regra diferenciada de distribuição do ônus da prova, porquanto, sendo o referido Código, uma lei especial, prepondera em relação às leis gerais, inclusive em relação ao Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária na hipótese. O dispositivo em questão disciplina a distribuição do ônus em uma situação particular, a da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.²⁶

A inversão depende do requerimento da parte e da necessidade, caracterizada pela dificuldade encontrada pela parte para produzir a prova, enquanto para a outra seja fácil, ou, quando não seja, haja uma relação jurídica base que justifique a inversão, como, por exemplo, a relação de consumo.

A decisão excepcionando a regra através da inversão do ônus da prova, como toda decisão judicial, deve ser motivada, sobretudo para que seja possível o controle de sua legalidade.

²⁶ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 61.

2.5.1.1 – Estágio Processual Adequado para a Inversão do Ônus da Prova

Três são as correntes acerca da oportunidade para a inversão do ônus da prova. Uma corrente entende que o juiz deve invertê-lo no despacho inicial, é minoritária e comete o equívoco de generalizar, equiparando os casos que já contam com decisões reiteradas aos que não são tão freqüentes. Pode-se constatar esse entendimento no julgado a seguir colacionado a título de ilustração, da lavra do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RELAÇÃO DE CONSUMO - OPORTUNIDADE - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MATÉRIA VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL.

A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Conforme ensinam doutrina e jurisprudência, resta impossibilitado examinar-se em grau de recurso matéria sobre a qual não houve manifestação da primeira instância, sob pena de supressão desta. Recurso a que se nega provimento. (TAMG, Acórdão 0301800-0, Apelação, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Alvimar de Ávila, julg. 01/03/2000).

Em alguns processos pode-se inverter no despacho inicial, por exemplo, quando existem decisões reiteradas dos tribunais superiores em consonância com o pedido. Entretanto, a inversão no despacho inicial em situações normais pode caracterizar cerceamento de defesa, pois, é possível que o réu traga elementos na contestação que demonstrem a possibilidade do autor produzir a prova, ou que desconfigure a verossimilhança da alegação deste. Ademais, antes da

contestação ainda não há fato controvertido.

Outra corrente define como momento da inversão, o do despacho saneador no rito ordinário ou no que segue a apresentação de contestação, no rito sumário e no Juizado Especial Cível. Esta tese parece mais acertada, pois, além de já contar com os elementos apresentados pelo réu, permite a este produzir a prova deferida, garantindo a ampla defesa e o contraditório, assegurando o devido processo legal. Tese acatada no Superior Tribunal de Justiça (STJ) como se vê no julgado abaixo, assim como por parte da doutrina. Com efeito, tratando do artigo 6º, VIII do CDC, escreveu Sandra Sá, “Destarte, o momento oportuno para a incidência do artigo supra é, sem sombra de dúvida, o despacho saneador, preservando-se, desse modo, a garantia constitucional da ampla defesa”.²⁷

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista.
2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira “regra de julgamento”.
3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (STJ, REsp 662608/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., julg. 12/12/2006, DJ 05.02.2007, p. 242).

A terceira corrente defende a inversão do ônus da prova, na sentença, com o forte argumento de que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de julgamento. Ocorre que a inversão feita nesse estágio do processo, caracteriza decisão surpresa, não admitida em nosso ordenamento, além de não mais permitir que o

²⁷ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido*

réu produza a prova cujo ônus passou a ter na prolação da sentença. Não obstante, essa tese também vem sendo adotada no STJ, consoante julgado abaixo, bem como por expressiva parcela da doutrina, com renomados autores.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR COM O OBJETIVO DE DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PERICULUM IN MORA. INEXISTÊNCIA. ART. 542, § 3º, DO CPC.

- O entendimento da 3ª e 4ª Turmas do STJ é de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do § 3.º do artigo 542 do CPC.

- A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova.

- Ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão, posto que eventual erro quanto à aplicação do ônus da prova pode ser corrigido até mesmo após a decisão de mérito.

Negado provimento ao agravo interno.

(STJ, AgRg, MC 11970/RJ, 3ª T, julg. /12/2006, DJ 18/12/2006, p. 357).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro firmou jurisprudência no sentido de não permitir a inversão na sentença, editando a súmula número 91 neste sentido, em homenagem ao princípio do contraditório.

Súmula nº 91

DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

“A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

Entre os doutrinadores, Cândido Dinamarco, defendendo a inversão na sentença, tem como suficiente para preservar o devido processo legal, a advertência às partes, da possibilidade da inversão, como se pode constatar abaixo.

“se o juiz pretender inverter o ônus da prova, como em certa medida lhe permite o Código de Defesa do Consumidor em

relação às causas que disciplina (art. 6º, inc. VIII...) dessa possibilidade advertirá as partes na audiência preliminar. Mas a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria verossimilhança das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário”.²⁸

Diferente é a lição a seguir transcrita, de Eduardo Cambi, para quem a segunda tese é a mais acertada, pois, respeita as garantias constitucionais e não oferece surpresas desautorizadas.

“as normas de repartição do ônus da prova, ... não são somente regras de julgamento, mas também regras de comportamento dirigidas às partes, tendo a finalidade de indicar, de antemão, quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, será um fator que causará surpresas, na medida em que não assegurará ao fornecedor exercício satisfatório de seu direito à prova contrária, resultando na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF). Além disso, contraria o princípio da boa-fé utilizar a regra do art. 6º, inc. VIII, CDC, para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, à custa do sacrifício do direito de defesa do fornecedor”.²⁹

Outrossim, sobre o tema, Boaventura Pacífico opina no seguinte sentido:

A garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo. Contudo, não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto. Se a pretensão estiver fundada em relação ao consumo, protagonizada por consumidor e fornecedor, expressamente conceituados pelo Código

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 84.

²⁹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 429.

(arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90), este pode merecer incidência. Logicamente, a inversão do ônus da prova igualmente pode ser prevista, não implicando surpresa ou afronta aos citados princípios, caso efetivada.³⁰

É importante lembrar que a regra sobre a distribuição do ônus da prova, antes de funcionar como regra de julgamento, funciona como regra de conduta. As partes produzem as provas sempre buscando demonstrar a existência dos fatos que lhes competem demonstrar. O juiz, somente aplicará a regra de distribuição do ônus da prova, como regra de julgamento, se os fatos não restarem suficientemente demonstrados. Porém, antes, deve verificar a possibilidade de resolver o mérito da lide de outra forma. Sabe-se que o juiz tem, como consectário do princípio da persuasão racional, o dever de motivar sua decisão, podendo fazê-lo aplicando as regras de experiência comum, de acordo com o que ordinariamente acontece; bem como as regras de experiência técnica, ressalvada a hipótese de perícia, o que encontra respaldo no artigo 335 do Código de Processo Civil.

2.5.2 – Outras regras de julgamento

A fim de minimizar a injustiça da decisão prejudicial à parte que não logrou êxito em provar os fatos que alegou, autores apontam outros critérios para o julgamento. Eduardo Cambi aponta a utilização das presunções judiciais, que chama de simples, lembrando que "pela teoria dos fatos normais e extraordinários, o fato ordinário se presume... e o fato extraordinário se prova". A adoção da presunção como critério de julgamento constitui inversão do ônus da prova, pois, se o réu nega um fato - uma relação jurídica - alegado pelo autor e alega a existência de outro que configura a mesma situação, mas não gera o direito que o autor pretende exercer, sendo o primeiro ordinário e o segundo extraordinário, cabe ao réu provar este, sob pena de ver reconhecido o direito do autor, mesmo

³⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Idem*, p. 160.

diante da ausência de prova da relação jurídica alegada. Por exemplo, o autor alega que trabalha em imóvel rural do réu, na qualidade de empregado deste, e pleiteia pagamento de verba de natureza trabalhista; o réu admite o labor, mas nega o vínculo empregatício, alegando que o autor trabalha para ele próprio, se apropriando da produção, por mera tolerância sua. Compete-lhe provar a inexistência do vínculo, haja vista ser extraordinário este fato, porquanto, o normal é a relação de emprego.

Exemplo que não pode deixar de ser citado, é o inserto na já mencionada obra de Eduardo Cambi, acerca da recusa à submissão ao exame de DNA na investigação de paternidade. Adotando o critério da presunção, o STJ passou a autorizar a inversão do ônus da prova - Súmula 301 - vindo mais tarde a encontrar apoio na lei para se transformar em presunção legal (CC, art. 231/232). O referido autor critica um movimento pela relativização da mencionada Súmula, iniciado no mesmo Tribunal, para passar a exigir que o autor prove o relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. Sustenta o mencionado autor, que "essa orientação... revigora a *exceptio plurium concumbentium* como um condenável argumento a favor da negativa da paternidade".³¹ Sobre se tratar ou não de presunção legal, trataremos adiante no item 3.2 "da suposta presunção legal".

A presunção resulta de técnica que busca inferir a existência de um fato desconhecido (presumido) a partir de uma relação deste com um fato conhecido (indiciário); constitui-se em um juízo de valor autorizado por lei ou com base em máximas de experiência. É o que ocorre nas inscrições indevidas nos cadastros de restrição ao crédito, provada esta, presume-se o dano extrapatrimonial, consoante consolidado na jurisprudência. Essa é a presunção simples.

Conhece-se também a presunção legal, que se divide em absoluta, relativa e mista. A primeira não admite prova em contrário; exemplo clássico da mesma é a quitação dada em escritura pública. A segunda é relativa exatamente por admitir

prova em contrário, afastando a presunção de existência do fato até então presumido. A presunção chamada de mista é a que admite tão somente as provas previstas em lei, como a do artigo 340 do Código Civil, ou seja, não admite qualquer prova em contrário.

MARINONI e ARENHART após exposição no sentido de que a distribuição do ônus da prova – regra do art. 333 do CPC – tanto é regra de decisão quanto de convencimento do juiz, explicitam: “Quando se fala que a regra do art. 333 importa para a formação do convencimento, deseja-se dizer que ela pode ser atenuada diante de determinadas situações de direito substancial”.³²

Ainda no que diz respeito à distribuição do ônus da prova, orientação diversa da consagrada na regra do artigo 333 do CPC é a traçada pela teoria da “carga dinâmica da prova”, que vem ganhando força. Essa teoria atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração. A carga dinâmica da prova preocupa-se preponderantemente com a tutela do direito lesado.

Vem se firmando jurisprudência no sentido de autorizar a inversão do ônus da prova quando for difícil para o autor a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto seria mais fácil para o réu. Essa posição foi adotada no julgado a seguir colacionado do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - CONTRATO BANCÁRIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE - FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. - A inversão do ônus da prova tem o objetivo de restabelecer a isonomia entre as partes, mediante a facilitação, na medida certa, da defesa dos direitos do consumidor. - O princípio da carga dinâmica consiste na possibilidade de a prova, em processos com características especiais, receber tratamento diferenciado, devendo o magistrado distribuir o ônus probatório à parte que se encontra em melhores condições de realizar a prova, e não à

³¹ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 336.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 264.

parte que a requereu. - Nas ações de revisão contratual é presumível a facilidade de exibição de documentos pelos bancos, que certamente mantêm arquivados os contratos celebrados com seus clientes, bem como os extratos de movimentação de conta corrente. (TJMG, proc. 1.0702.06.289424-2/002(1), Rel. Des. Fabio Maia Viani, julg. 03/07/2007, Pub. 20/07/2007).

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América adota a teoria da carga dinâmica da prova em seu artigo 12:

Art. 12. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Nesse modelo, a definição acerca dos fatos controvertidos, da parte a quem incumbe demonstrá-los e dos meios pelos quais serão demonstrados – meios de prova – dar-se-á na audiência preliminar – na justiça comum e rito ordinário – ou em estágio processual correspondente, nas demais hipóteses, evitando-se decisões surpresas e garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

A distribuição do ônus dar-se-á por decisão motivada como toda decisão judicial, explicitando todos os fatores que contribuíram para o convencimento do magistrado acerca da melhor condição de uma das partes para produzir as provas.

2.6 - OBJETO DA PROVA

O processo se constitui, de um lado, da exposição de fato(s) que em tese gera(m) direito(s), que enseja a demanda; de outro lado, da negação do(s) fato(s) ou da alegação da existência de outro(s) fato(s) que, em tese, impede(m), modifica(m) ou extingue(m) aquele direito.

A atividade probatória integra a cognoscitiva, que é composta da reconstituição dos fatos – fase probatória – seguida da subsunção do fato à norma. Desnecessário provar o direito sustentado, porquanto este decorre da norma abstrata, ainda que indiretamente. Por ter origem em norma é que o juiz deve conhecê-lo, o trabalho da parte não é provar o direito, mas convencer o juiz de sua existência.

Como o direito resulta da subsunção do fato à norma, o juiz, conhecendo esta em razão de sua atividade, deve conhecer também aquele. Ao contrário da norma, que o juiz conhece *a priori*, o fato exige demonstração. O resultado será diferente conforme as partes demonstrem ou não os fatos alegados; demonstrado o fato alegado pelo autor e sendo o mesmo idôneo para gerar o direito cujo exercício pleiteia, a sentença ser-lhe-á favorável; Porém, não sendo sua existência demonstrada, ou sendo provada a existência de outro impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito, a sentença ser-lhe-á desfavorável.

Assim, resta claro que o objeto da prova são os fatos alegados – a existência deles - como causa de pedir ou como fator impeditivo ou desconstitutivo do direito. Temos como equivocada a afirmação de que objeto da prova são as alegações dos fatos e não estes. As alegações são falsas ou verdadeiras conforme sejam existentes ou inexistentes os fatos; provada a existência destes, serão aquelas consideradas verdadeiras, não provada, serão consideradas falsas. Porém, o que define a decisão é a existência ou inexistência dos fatos, não das alegações. A prova destas nada define. A petição inicial e a contestação provam as alegações, o que apenas constitui pressuposto para a produção da prova, mas não autoriza a

decisão em qualquer sentido.

Rodrigo Leonardo é adepto da referida corrente, como expressou em sua citada obra, “partilhamos da concepção que entende por objeto da prova as afirmações das partes sobre os fatos, dos quais depreendem-se as pretensões de direito material”.³³

A norma que se extrai do disposto no artigo 337 do CPC, é a exigência da prova do texto legal – *lato sensu* – ou do costume, não do direito. Tanto que do texto consta a expressão “provar-lhe-á o teor e a vigência”. Teor é próprio do dispositivo e não do direito; assim, como o que vige é a lei, não o direito. Este realmente nunca exige prova. Direito não é o mesmo que norma, mas decorre desta. Por sua vez, norma não é o mesmo que texto ou dispositivo legal, mas se extrai deste. O que se pode provar, na hipótese, é a existência de um texto legal, resultado de um processo legislativo e que esteja em vigor, ou, ainda, da existência de um costume.

Consoante a regra do artigo 331, § 2º do CPC, o objeto da prova - fato controvertido - deverá ser definido na fase do saneamento do processo, em regra, na audiência preliminar.

2.7 - A ATIVIDADE PROBATÓRIA: Momentos

A atividade probatória consiste em um procedimento composto de diversos atos cuja ordem seqüencial tem previsão legal, sendo praticado cada um a seu momento. Ensina Dinamarco que “os momentos da prova no processo civil brasileiro são o da sua propositura pela parte, o da sua admissão pelo juiz, o da sua realização mediante participação de todos os sujeitos processuais e o da

³³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 23.

valoração, que compete ao juiz com exclusividade”³⁴. O autor considera a expressão “produção de prova” adequada para alcançar os momentos da propositura, admissão e realização da prova. Assim, integra a atividade probatória, além da produção, a valoração da prova.³⁵

Não é muito diferente no direito italiano, no qual, segundo Verde, há 03 momentos, o da fonte probatória, o da aquisição da prova e o da valoração da prova:

*Há, de fato, uma fonte probatória, à qual o legislador dá relevo; há um procedimento de aquisição probatória, que permite introduzir legalmente e respeitando as regras do contraditório, a fonte probatória no processo; há um momento de valorização da prova, que é indispensável ao juiz para formar uma convicção sobre os fatos da causa.*³⁶

A propositura é o primeiro momento da atividade probatória e consiste no requerimento da realização da prova. Deve ser feito em duas oportunidades, sendo o autor, na petição inicial, por expressa exigência do Código de Processo Civil, art. 282, VI; e após a contestação, geralmente na audiência preliminar, quando for o caso; e o réu, na contestação. Na última oportunidade as partes devem requerer somente as provas realmente necessárias e úteis; enquanto na petição inicial, o autor faz mero protesto por todas as provas.

O juiz aprecia o requerimento da prova, deferindo-o ou indeferindo-o. Este é o momento da admissibilidade da prova, que coincide – via de regra – com o da audiência preliminar, consoante dispõe o artigo 331, § 2º. Sobre a propositura da prova, Eduardo Cambi lembra: “trata-se somente de uma proposta das partes, havendo de passar necessariamente pelo crivo do juiz, que, sendo o responsável pela direção do processo, tem poderes para permitir ou não a realização da prova,

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 89.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*.

³⁶ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile, 2. processo di cognizione*, p. 72.

conforme os critérios da admissibilidade, relevância e pertinência”.³⁷

Consoante Eduardo Cambi, “o juízo de admissibilidade difere do de relevância, porque a admissibilidade é um requisito de legalidade e de constitucionalidade [...]”³⁸. As regras de admissibilidade limitam a utilização de determinados meios de prova, em determinadas circunstâncias. O juízo de relevância precede ao de admissibilidade e deste é pressuposto, pois, somente se admite a prova que possa demonstrar o fato constitutivo da causa de pedir ou que dá sustentação à contestação.

Uma vez disponibilizadas as fontes da prova no processo, passa-se a delas extrair as informações necessárias ao convencimento do juiz para proferir a decisão. Esse é o momento da realização da prova. Nas palavras de Dinamarco, “a realização da prova é o momento mais importante da experiência probatória das partes e do juiz no processo, tanto que o Código de Processo Civil reserva a ela uma fase específica no procedimento ordinário – a fase instrutória”.³⁹

Passado o momento da realização da prova, o juiz passa ao de sua exclusiva competência, que é o da valoração da prova, coincidente com o da decisão. Dentre os modelos de apreciação da prova, o nosso ordenamento rejeita o da prova legal e o da valoração segundo a consciência do juiz, adotando somente o da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado, exatamente porque neste modelo o juiz tem liberdade para apreciar a prova consoante critérios racionais, que devem ser explicitados na motivação da decisão.

³⁷ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 20.

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 262.

2.7.1 – Poderes instrutórios

Dois princípios estão relacionados diretamente com a atividade probatória, o inquisitivo e o dispositivo. Embora nenhum deles seja, hodiernamente, adotado de forma genuína, há forte predominância de um ou de outro em cada ordenamento. No sistema de origem anglo-saxônica prepondera o inquisitivo; enquanto no de origem romano-germânica, a preponderância é do princípio dispositivo. Tais princípios estão relacionados com a maior ou menor participação do juiz na atividade probatória.

No Brasil cujo sistema processual adotado é tido como do *civil law*, o que já vem sendo contestado, dada a forte presença de características do sistema *common law*, prepondera o princípio dispositivo, embora se admita a participação ativa do juiz. Este, ao invés de limitar-se a observar a produção das provas, participa não somente exercendo o juízo de admissibilidade das mesmas, mas determinando algumas delas, refazendo as perguntas em audiência, indeferindo as impertinentes ou irrelevantes, formulando quesitos em caso de perícia, apreciando os quesitos das partes etc.

O nosso Código de Processo Civil adotou o princípio dispositivo como expressamente ressalta a exposição de motivos (nº 18). Não obstante, mitiga o referido princípio em vários artigos como o 125 inciso III, 130 e 601.

Os poderes instrutórios do juiz têm fundamento na garantia do acesso de todos à justiça, entendida esta como “a ordem jurídica justa”. Assim, prima pela busca da verdade real, com os limites impostos pelo princípio dispositivo, e pela promoção da igualdade das partes no processo.

Os poderes das partes no processo se relacionam com os ônus, de forma que a

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, v. III, p. 91.

consequência do não exercício do poder pode ser experimentada somente pelo seu titular. Dizemos “pode ser” porque nem sempre a parte omissa sofre as consequências de sua omissão. Mesmo aquele que não se desincumbe do ônus de provar pode obter uma decisão favorável, em razão de uma prova produzida por iniciativa da parte contrária ou determinada pelo juiz, o que decorre do princípio da aquisição da prova, segundo o qual a prova não pertence à parte que a produziu, mas ao processo.

Outrossim, constitui ato das partes, a iniciativa de propor a prova, indicando os fatos que serão provados, bem como os respectivos meios de prova que serão utilizados, dentre os possíveis. Uma vez fixados os pontos controvertidos, o que o juiz faz considerando os fatos narrados, é delimitado, também pelo juiz, o *thema probandum*.

Vê-se que, embora a iniciativa da prova seja um ônus da parte, o juiz pode tomá-la quando for conveniente para a formação de sua convicção. Eduardo Cambi, para quem o destinatário da prova é o juiz, assevera que “o juiz não tem direito à prova, o que não significa que não possa participar ativamente da atividade probatória, uma vez que o ordenamento processual lhe confere poderes probatórios”.⁴⁰

Não obstante o Código de Processo Civil haja, em seu artigo 2º, adotado a inércia como característica da jurisdição, no artigo 262 permitiu o impulso oficial do processo, o que o autoriza a tomar a iniciativa da prova. A inércia refere-se tão somente à demanda.

2.8 - MEIOS DE PROVA

Não se devem confundir meios com fontes de prova. Estas se constituem em

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 21.

peessoas ou coisas idôneas para trazer informações confirmatórias de uma alegação, ou seja, comprobatórias da existência de um fato. De outro lado, meios de prova são constituídos pela técnica utilizada para comprovação da existência de um fato. Assim, aquelas consistem na pessoa ou coisa a ser verificada na investigação para obtenção da informação buscada; enquanto estes consistem no procedimento técnico utilizado na busca da mesma informação. Os meios atuam sobre as fontes.

Não há rigor formal com relação às fontes de prova. Em nosso ordenamento não há exclusões, aceita-se como fonte de prova, por exemplo, um documento *lato sensu*, um animal, uma fotografia, etc.. Entretanto, há limitações impostas pelo Código de Processo Civil, como a do art. 405, que limita a prova testemunhal, admitindo o depoimento de pessoas capazes, não impedidas nem suspeitas.

O depoimento, tanto o pessoal da parte quanto o testemunhal, por ser uma técnica utilizada na busca da informação, é um meio de prova. De igual modo, o exame de corpo de delito é um meio de prova; enquanto a pessoa examinada é a fonte da mesma prova. Pode-se ilustrar, ainda, com o exame de DNA, também é um meio de prova que tem como fonte a amostra retirada do corpo da pessoa.

Além dos meios previstos expressamente no Código – o depoimento pessoal das partes, a testemunhal, a documental, a pericial, a inspeção judicial – o nosso ordenamento admite também meios atípicos, ou seja, não enumerados no Código. Embora a lei haja incluído a confissão no rol dos meios de prova, sua natureza é diversa. Dinamarco a considera uma declaração de conhecimento⁴¹.

Ressalva-se, porém, a existência de posições diversas, como a de Rodrigo Leonardo, “[...] quando o inciso II do artigo 334 diz que não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, não significa que tais fatos não precisam ser provados, mas que eles desnecessitam de outra prova,

pois a confissão já consiste como meio probatório”.⁴²

2.9 - A PROVA PERICIAL

Dinamarco define prova pericial como “o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos”.⁴³ A palavra “exame” utilizada pelo doutrinador, seguramente tem sentido amplo para alcançar as três modalidades previstas na lei processual (CPC, art. 420), isto é, exame, vistoria e avaliação.

O juiz pode se valer de sua própria experiência para decidir acerca da existência de fatos que não requeiram exame mais aprofundado; não lhe é dado, porém, lançar mão de seus conhecimentos técnicos ou científicos de área diversa da do Direito. Havendo necessidade de tais conhecimentos, a lei o autoriza (CPC, art. 145) buscar a assistência de perito.

Assim como as demais provas, a pericial submete-se ao juízo de admissibilidade, tendo como critérios: A dependência de conhecimento técnico ou científico (CPC, art. 145), que esteja além da mera experiência técnica (CPC, art. 335); seja necessária ante a ausência de outras provas que possam suprir as informações buscadas (CPC, 420, II, a *contrario sensu*); e, for possível a perícia (CPC, art. 420, III). Segundo Dinamarco, nosso ordenamento dá à prova pericial, um caráter residual.⁴⁴

A espécie de perícia a ser feita – médica, das diversas especialidades da engenharia, contábil etc. – será determinada pelo fato controvertido, isto é, pelo objeto ou fonte da prova. Uma planilha de cálculos, por exemplo, desafia a perícia contábil, enquanto um veículo defeituoso exige a perícia de engenharia mecânica

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, v. III, p. 99.

⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Idem*, p. 30.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, v. III, p. 584.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, v. III, p. 588.

e assim por diante.

A avaliação também é um meio de prova pericial, porém, sendo de bens penhorados, o procedimento é simplificado, resumindo-se na vistoria da coisa avaliada e elaboração do laudo pelo avaliador, dispensando-se quesitos e assistentes técnicos.

Não há limitações relativas ao objeto da prova – pessoas ou coisas – salvo, no caso de pessoas, quanto aos seus direitos fundamentais. O exame de pessoas requer o concurso de vontade. Entretanto, em alguns casos, a recusa autoriza a presunção da existência do fato controvertido. É o que ocorre na investigação de paternidade, em que, havendo recusa do suposto pai, de se submeter ao exame do DNA, havendo outros elementos que constituam prova indiciária, presume-se a paternidade, consoante entendimento pacificado no STJ, através da Súmula **301** “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Outrossim, no direito italiano, observa-se que há proibição de se obrigar a parte a se submeter a perícia, sendo inválida a prova assim obtida. É o que se infere do contido no seguinte Comentário ao Código de Processo Penal daquele País:

“Quando o imputado haja sido submetido coativamente a exame de sangue para submeter a perícia hematológica, o resultado da prova assim conseguida, contrastando com quanto afirmado na sentença 96/238 da Corte Constitucional – que declarou a inconstitucionalidade do artigo 224 na parte que permite ao juiz dispor de medidas que tenham incidência sobre a liberdade pessoal do imputado sem que sejam previstos na lei os casos e os modos para a conclusão de tal atividade – é inutilizável [...]” (tradução nossa). (Qualora l'imputato sia stato sottoposto coativamente a prelievo di sangue da sottoporre a perizia ematológica, il risultato della prova così conseguita, cotrastando com quanto affermato dalla sent. 96/238 della Corte cost. – che ha dichiarato l'inconstitucionalità dell'art. 224 nella parte in cui consente al giudice di disporre misure aventi incidenza sulla libertà personale dell'imputato senza che siano previsti dalla legge i casi e i modi per l'espletamento de tale attività – è inutilizzabile [...]).⁴⁵

⁴⁵ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Comentario breve al nuovo codice de procedura penale*, p. 229.

Assim também é na França, Bélgica e na província de Quebec, no Canadá. Em sentido oposto é o direito da Alemanha, Áustria, Suíça, Noruega, Suécia e Escandinávia, dentre outros.

O perito é sempre nomeado pelo juiz que o escolhe entre os de sua confiança; enquanto o assistente técnico é escolhido pela parte, a seu critério. Ao nomear o perito, o juiz fixa o prazo para entrega do laudo (CPC, art. 421). O momento propício para a nomeação é o da audiência preliminar, devendo as partes, no prazo de 05 dias a partir da intimação, indicarem seus assistentes técnicos e apresentarem os quesitos (CPC, art. 421, § 1º, I e II), em complementação aos formulados pelo juiz. A nomeação deve recair, preferencialmente, sobre técnicos – de nível superior - dos estabelecimentos oficiais especializados, quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal.

Vale salientar que o artigo 434 do CPC, ao permitir que o juiz envie os autos do processo ao diretor de estabelecimento oficial especializado, para que a perícia seja feita pelos técnicos do mesmo, admitiu que pessoa jurídica seja nomeada perita. Essa é a opinião de Eduardo Cambi, que informa a adoção dessa compreensão pelo ordenamento português, com menos timidez.

A recente Reforma do Código de Processo Civil de Portugal reconheceu a importância de a perícia vir a ser realizada por pessoas jurídicas e chegou a ponto, inclusive, de considerá-las até mais importantes que as pessoas físicas. O art. 568, n.1, desse CPC, assevera que a “perícia é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa (...)”. Essa reforma também não limitou a realização de perícias médico-legais, por entidades públicas, afirmando no art. 568, n. 3, do CPC que as “perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta.”⁴⁶

O Código de Processo Civil, seguindo o exemplo da Lei 9.099/95, já admite a perícia informal, quando a natureza do fato a permitir, cujo resultado será informado oralmente em audiência de instrução e julgamento (art. 421, § 2º). Outrossim dispensa o termo de compromisso (CPC, art. 422), porquanto, consoante Dinamarco, os deveres de zelo e probidade do perito “são inerentes à sua condição de auxiliar da Justiça”.⁴⁷

O perito tem também o dever de concluir o trabalho e apresentar o respectivo laudo no prazo assinado pelo juiz - que pode ser prorrogado uma vez, havendo motivo justo - sob pena de ser substituído, ser-lhe imposta uma multa e o fato ser comunicado à sua corporação profissional (CPC, art. 424, par. único).

Assim como as demais provas, a pericial deve ser requerida na petição inicial, por força da regra do art. 282, VI do CPC e reiterada no momento da especificação da prova, quando a parte deverá justificar sua necessidade, indicando os fatos a serem com ela provados; outrossim passará pelo juízo de admissibilidade, sendo indeferida nas hipóteses do art. 420, parágrafo único, I, II e III do CPC.

Durante a diligência, portanto, antes de apresentado o laudo pericial, as partes podem apresentar quesitos suplementares cuja necessidade tenha surgido após o prazo próprio. De todos os quesitos, o juiz indeferirá os impertinentes, que são os versados sobre fato diversos do controvertido ou sobre direito.

O laudo pericial deve ser completo, fornecendo todas as informações possíveis, para que o juiz possa formar sua convicção e julgar a lide. Para isso, a lei faculta ao perito e aos assistentes técnicos, a utilização de todos os meios necessários, como ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras peças (CPC, art. 429).

⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 237.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Idem, v. III, p. 592.

Em razão da obrigatoriedade do devido processo legal e em obediência ao princípio do contraditório, seu corolário, as partes devem ser informadas da data, horário e local do início da perícia (CPC, art. 431).

A audiência de instrução e julgamento deve ser designada para, no mínimo, 20 dias após o termo final do prazo para apresentação do laudo pericial (CPC, art. 433), a fim de que haja tempo suficiente para a intimação dos assistentes técnicos e apresentação de seus respectivos pareceres (CPC, art. 433, par. único), bem como para a intimação e manifestação das partes.

O perito e os assistentes técnicos serão intimados a comparecerem à audiência de instrução e julgamento para prestarem esclarecimentos requeridos pelas partes, quando intimados 05 dias antes da mesma. Admite-se também que os esclarecimentos sejam solicitados pelo juiz ao perito e/ou aos assistentes técnicos, por escrito, e sejam por estes respondidos também por escrito.

De posse do laudo, o juiz, sem estar adstrito a este, sentindo-se convicto, julgará a lide. Não estando ainda convicto por falta de esclarecimentos suficientes, poderá determinar nova perícia, que não substituirá a primeira, mas, ser-lhe-á complementar (CPC, art. 436/439). Sua convicção basear-se-á não só nos laudos periciais, mas em todos os elementos contidos nos autos. As provas realizadas, inclusive a pericial, devem ser valoradas pelo juiz, “[...] segundo o critério da persuasão racional inerente ao sistema do livre convencimento”.⁴⁸

3. O EXAME DE DNA COMO PROVA PERICIAL DA FILIAÇÃO

Um processo judicial, como instrumento indispensável para fazer justiça, persegue a verdade dos fatos que o ensejaram, através da produção de provas. Não é propósito deste trabalho conceituar “verdade”, tarefa da qual nem os filósofos se

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Idem, v. III, p. 596.

desincumbiram com pleno êxito, ante a dificuldade que se apresenta em torno dela. Considerando-a como aquilo que está em conformidade com o real, há de se registrar que não é finalidade direta do processo encontrar a verdade acerca dos fatos. A busca da verdade é meio de se fazer justiça, esse sim, o escopo do processo. Neste, o julgador se contentará com a máxima probabilidade possível da verdade, é o que se chama de verdade processual.

O meio para se chegar a essa probabilidade máxima é a produção de provas, cuja oportunidade o magistrado deve dar às partes em simétrica igualdade, atuando, porém, quando necessário, para superar eventual desigualdade das partes, promovendo o equilíbrio entre elas. Muitas são as fontes e os meios de prova admitidos em juízo, cada um com seu diferente poder de convencimento, por isso, valorado diferentemente pelo julgador. Quanto maior o poder de convencimento, isto é, a probabilidade contida, mais importante é o meio de prova.

A paternidade teve seu tempo de quase impossibilidade de investigação, havendo o legislador optado por presumi-la, como na hipótese de filho de mulher casada, que se presumia ser do marido. A dinâmica dos fatos da vida, que impõe a dinâmica do direito, fez surgir, com o avanço da ciência, a possibilidade de se conhecer o código genético que os seres vivos têm individualizado e que os identifica. Tal verificação se dá através do exame de DNA - ácido desoxirribonucleico - que passou a ser relevante meio de prova, sobretudo da filiação. Neste trabalho será abordada a utilização deste meio de prova tão somente em processo de investigação de paternidade, porquanto, a prova no processo penal foge aos escopos do mesmo. Também não serão abordados os aspectos científicos do exame de DNA, mas somente os aspectos legais, ou seja, o mencionado exame como meio de prova.

Vale esclarecer que os termos “filiação” e “paternidade” neste trabalho referem-se à relação biológica entre uma pessoa e seu genitor. A investigação de paternidade de que se trata aqui é aquele que visa identificar o genitor de determinada pessoa.

Sua finalidade pode ser: 1) impor ao genitor as obrigações paternas, completar o registro de nascimento do investigante com os dados paternos e possibilitar o exercício de direitos hereditários; ou 2) simplesmente para identificar a ascendência genealógica do investigante seja qual for o objetivo, sem alteração do registro de nascimento do investigante.

Essa observação mostra-se relevante diante da evolução do conceito de pai. Como veremos adiante mais detidamente, a figura do pai pode ou não coincidir com a do genitor, haja vista o critério da afetividade como idôneo para identificar a paternidade. Por conseguinte, faz-se necessária uma pausa no estudo deste importante exame pericial na investigação de paternidade, para, antes, se esclarecer o alcance do termo “paternidade” e a finalidade da investigação, bem como eventuais limites a que está sujeita.

3.1 PATERNIDADE AFETIVA E PATERNIDADE BIOLÓGICA

A história deu passos largos nos últimos anos e rapidamente a mulher avançou na conquista de sua independência. Conseqüência direta dessa independência foi a multiplicação do número de filhos de mães solteiras, separadas e divorciadas, muitos deles criados sob os cuidados, educação e afeto de homens, que, embora não sejam seus genitores, assumiram a condição de pais de fato. Cada uma dessas crianças passou a ter, então, um pai biológico e outro de fato, um que a gerou e outro que a criou, abalando inevitavelmente o conceito de paternidade. É pai quem gera a criança ou quem a esta dedica afeto?

Este enfoque se mostra importante neste estudo em razão do desprezo que muitos estudiosos têm pela investigação da paternidade, por considerarem sem importância a paternidade biológica, dando relevo à paternidade afetiva.

O Código Civil Francês disciplina a filiação com base na vontade e não na verdade biológica. Leva em consideração a posse do estado, sendo que esta é

determinada por uma reunião de fatos que sejam suficientes para demonstrar o parentesco entre o indivíduo e a família a que diz pertencer, como se vê no texto do artigo 311-1: “La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. La possession d'état doit être continue.” (A posse do estado se realiza por uma reunião por fatos suficientes que comprovem a relação de filiação e de relação entre um indivíduo e a família para a qual é dito que pertence. A posse de Estado deve ser contínua). Tradução nossa.

Mais adiante, no artigo 311-2, o Código relaciona os principais fatos idôneos para demonstrar a mencionada relação parental. Eis o texto:

Les principaux de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom de ceux dont on le dit issu ;
 Que ceux-ci l'ont traité comme leur enfant, et qu'il les a traités
 comme ses père et mère ;
 Qu'ils ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien
 et à son établissement ;
 Qu'il est reconnu pour tel, dans la société et par la famille ;
 Que l'autorité publique le considère comme tel.

(Os principais destes fatos são:

Que o indivíduo sempre levou os nomes daqueles dos quais
 se diz procedente;
 Que estes o trataram como a sua criança, e que os tratou
 como seu pai e mãe;
 Que, nesta qualidade, forneceram à sua educação, a sua
 manutenção e o seu lar;
 Que é reconhecido por tal, na sociedade e pela família;
 Que a autoridade pública considera-o como tal).(tradução
 nossa).

Não divergem os doutrinadores brasileiros em relação a que o conceito de pai vai além do de genitor. A paternidade transcende o dado biológico. Ensina Eduardo de Oliveira Leite: “As profundas transformações econômicas, sociais e políticas da segunda metade do século XX alteraram o quadro, até então, intangível da figura paterna e perturbaram as convicções quanto ao que é um pai”.⁴⁹ O mencionado

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai*, in LEITE, Eduardo de

autor, mais adiante acrescenta: “[...] Logo, não basta ser genitor, nem educador, nem capaz de transmitir nome e bens, mas, e sobretudo, o pai é aquele que estabelece um profundo vínculo amoroso com o filho”.⁵⁰

Ao se adotar a posição da doutrina, considerando-se pai aquele que dá afeto, mesmo não sendo o genitor, há de se encontrar solução para a situação em que, este demande contra aquele o exercício do poder familiar em relação à mesma criança. A qual deles deve a Justiça proteger? Qual deles tem direito?

É imprescindível que se estabeleça o critério prevalente – o biológico ou o da afetividade – para que o magistrado possa verificar a existência de interesse processual na investigação de paternidade contra o suposto genitor, daquela pessoa que, embora não conste o nome do pai em seu registro de nascimento, admita ter, de fato, um pai afetivo. E ainda, para que, na instrução da mesma ação, a investigação seja direcionada para um ou outro foco, isto é, para a existência de vínculo genético ou de afetividade.

A tendência hodierna é no sentido da vinculação da filiação à afetividade. Abandona-se a verdade biológica, dos laços de sangue, proporcionada pelo teste de DNA e adota-se a verdade afetiva, a dos sentimentos. Aquela nem sempre querida, esta sempre desejada. É essa nova realidade que fundamenta a concepção assistida com óvulo e espermatozóide doados.

Negligenciando as conquistas obtidas pela verdade genética (hoje, plenamente garantidas através dos seguríssimos exames de DNA) as novas técnicas de reprodução revelam não só a fragilidade da verdade biológica, mas e sobretudo, retomam a validade de novos princípios informadores da relação paterno-materno-filial, como é a verdade afetiva.⁵¹

Qual é a verdade pretendida pelo direito positivo? Necessária a análise de algumas normas estabelecidas. Uma delas é a inserta no art. 226, § 7º da

Oliveira (coordenador) grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova de filiação, p.66.

⁵⁰ Idem, p. 67.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Bioética e biodireito* in LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador): *grandes*

Constituição da República, que diz respeito à paternidade responsável, constituindo um princípio constitucional. Teria ela infirmado a supremacia da paternidade biológica? Esse princípio serviu de base para as regras estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) acerca da família natural e da família substituta, sobretudo a do artigo 19: *"Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta..."*. Uma das hipóteses que autoriza a colocação em família substituta é a da paternidade irresponsável.

A paternidade irresponsável não se restringe àquela não contemplada com os recursos necessários à criação do filho, por falta de planejamento familiar, mas a conduta paterna ante essa ou outra situação, como o completo abandono, a deseducação, a permissão da mendicância ou de prostituição, o desprovimento do sustento, a negligência na guarda etc.

Tais condutas caracterizadoras de paternidade irresponsável, ao lado de outras previstas na lei civil, autorizam a destituição do pai, do poder familiar (ECA, art. 24), caso em que o filho poderá ser colocado em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção (ECA, art. 28; art. 33, § 2º; art. 36, parágrafo único e art. 45, § 1º).

Constata-se, assim, que o princípio constitucional da paternidade responsável infirmou a supremacia da paternidade biológica, para privilegiar os interesses do filho menor de idade.

Outrossim, comentando o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, que trata da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, Eduardo de Oliveira Leite assevera:

[... quanto aos cônjuges ou companheiros, o legislador impõe uma

filiação baseada em laços jurídicos, não em laços de sangue. Laços jurídicos, porém, que nascem no terreno da afetividade. A verdade legal-afetiva sobrepõe-se à verdade biológica.⁵²

Com base na assertiva de que pai não é o mesmo que genitor, devendo-se considerar pai aquele que cuida da guarda, educação e sustento da criança, dando-lhe afeto, pode-se declarar pai pessoa diversa daquela que reconheceu ser o genitor?

O conflito de interesses entre genitor e pai afetivo somente ocorrerá se a genitora negligenciar no cumprimento da lei, porquanto, o nosso ordenamento traça com clareza os caminhos a serem percorridos em cada hipótese. O conflito é ainda mais raro em razão de ser personalíssimo o direito de reconhecimento do estado de filiação, que somente pode ser exercido pelo filho (ECA, art. 27). Assim, conflito haverá somente se deflagrado pelo filho, quando, por exemplo, estando sob a guarda e recebendo sustento e educação de pai afetivo, inicie investigação de paternidade contra o genitor. Nesse caso, já havendo um estado de filiação - por afeto - entre o investigador e seu guardião, a investigação somente é possível para permitir ao filho conhecer sua ascendência, sem pretensão de alterar o registro de nascimento.

Essa tese é mais facilmente aceita se no registro de nascimento figura o nome do pai - afetivo - em razão de erro, ou mesmo, ilegalmente, na hipótese da chamada "adoção à brasileira". Registre-se que em caso de adoção a irreversibilidade é prevista em lei (ECA, art. 48).

Deveras, parece ser voz corrente entre os doutrinadores mais avançados e contemporâneos de Direito Civil que a dita paternidade sócio-afetiva deve prevalecer sobre a biológica e que haveria inclusive fundamento dogmático para essa conclusão, no caso, o art. 1.593 do código civil atual que menciona o parentesco "por outra origem", categoria na qual se enquadrariam os filhos nascidos de inseminação artificial heteróloga, os filhos "adotados à brasileira e os "de criação".⁵³

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: vol. 5, direito de família*, p. 206.

⁵³ LIMA NETO, Francisco Vieira. *A falsa presunção constante do art. 232 do código civil in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do*

Ao nascer uma criança, tal fato deve ser levado a Registro mediante declaração do genitor. Não havendo a declaração paterna, o registro será feito mediante declaração da mãe, que, consoante determina a Lei 8.560/92, informará o nome e endereço do pai. O Cartório informará a ocorrência ao Juiz, que notificará o suposto genitor, dando a este a oportunidade de reconhecer a paternidade. Não o fazendo, fica autorizada sua investigação judicial, pelo Ministério Público ou pelo próprio filho.

A Lei brasileira, como se vê, prioriza a consignação da verdade biológica no registro de nascimento das pessoas naturais, seja através do reconhecimento espontâneo, seja decorrente da investigação judicial da paternidade. Somente na impossibilidade desta é que faculta e até estimula a chamada verdade construída, configurada na paternidade afetiva e desejada.

Constando no registro de nascimento o nome do pai, decorrente de reconhecimento espontâneo ou resultado de sentença em investigação de paternidade ou em processo de adoção, obstada estará nova investigação para fins de alteração do registro.

Na impossibilidade de declaração da paternidade, por qualquer motivo, como desconhecimento, resta o caminho da adoção. Na lei há solução para as diversas situações, bastando que o interessado a procure.

Na hipótese de ser ajuizada uma ação de investigação de paternidade pelo Estado-Ministério Público, e de, no decorrer desta, a paternidade afetiva se constituir em favor de pessoa diversa da investigada, a lei oferece como solução, a adoção consentida ou mediante destituição do poder familiar, fundada no abandono.

As dificuldades surgem quando o pai afetivo negligencia e age à margem da lei, como, por exemplo, quando o guardião legal ou de fato, ou o companheiro da mãe, embora dê sustento, carinho e educação à criança, deixe de requerer a adoção. A qualquer tempo, pode ter de enfrentar um pedido de busca e apreensão, na primeira hipótese ou de investigação da paternidade, na segunda.

Diante da constatação de que o pai pode ser ou não o genitor e que o critério aferidor da paternidade deve ser, em primeiro lugar, o da afetividade, algumas hipóteses de ordem prática são vislumbradas com relação a eventual investigação de paternidade, que serão a seguir expostas com as respectivas conseqüências.

PRIMEIRA HIPÓTESE – Pessoa em cujo registro de nascimento conste nome do pai, alega que este não coincide com o do genitor, e quer que seja este declarado pai, com a conseqüente alteração do registro.

Caso esta pessoa hipotética apresente demanda judicial, deverá o magistrado observar em primeiro lugar, se há vínculo de afetividade entre o demandante e a pessoa que seu registro de nascimento indica como sendo seu pai; se eles se tratam como pai e filho; se a comunidade onde vivem os considera pai e filho. Se assim for, o demandante não obterá êxito. Estando estes fatos expostos na petição inicial, o processo deverá ser extinto porquanto tanto falta interesse processual ao autor, que pede o que já tem, ou seja, pede que seja reconhecida uma paternidade já declarada; quanto por inépcia da petição inicial, haja vista que da narração dos fatos – a existência de afetividade, relação pai X filho e estado de filiação com uma pessoa – não decorre logicamente o pedido, que é a declaração de que outra pessoa é o pai.

Não estando tais fatos descritos na petição inicial, a solução será a declaração de improcedência do pedido, com base na contradição entre os fatos narrados e o pedido, ou seja, os critérios de identificação da paternidade indicam ser pai uma determinada pessoa e o pedido é que outra seja assim declarada.

SEGUNDA HIPÓTESE – Pessoa em cujo registro de nascimento não conste nome do pai, ingressa com ação de investigação de paternidade contra o pai afetivo. Vislumbra-se esta situação quando o pai afetivo, apesar de relação pai X filho, deixou de requerer a adoção do demandante, seja por negligência, seja por morte, ou, por outro motivo qualquer.

Verificada a existência do fato narrado – a afetividade ou estado de filiação – o pedido deverá ser julgado procedente e declarado pai quem realmente o é, ou seja, aquele que estabeleceu relação de filiação com o demandante, dando-lhe carinho, amor, provendo-lhe o sustento e a educação, bem como tendo sua guarda, embora não seja seu genitor. Nesse caso, não se faz exame de DNA, haja vista que a investigação ocorre a respeito da afetividade, e não sobre a genética.

TERCEIRA HIPÓTESE - Pessoa em cujo registro de nascimento não conste nome do pai, ingressa com ação de investigação de paternidade contra o suposto genitor. Nesta situação imaginária, o magistrado deverá perquirir sobre a existência de relação paternal – afetividade - de outro homem com o demandante. Em havendo, estando isso claro na petição inicial, a solução será a extinção do processo sem resolução do mérito; havendo necessidade de produção de provas e uma vez produzidas acerca da afetividade, o pedido deverá ser julgado improcedente. Não havendo relação de filiação – afetividade de pai e filho – entre ele e qualquer outra pessoa, passa-se a investigar a paternidade em relação ao réu, devendo o pedido ser julgado procedente, com a conseqüente alteração do registro de nascimento, se comprovada. Nesse caso o exame de DNA é de elevada importância.

QUARTA HIPÓTESE - Pessoa em cujo registro de nascimento conste nome do genitor, em razão de reconhecimento espontâneo, ingressa com ação contra outro homem com quem passou a existir o vínculo de afetividade após o referido registro. Falta, nessa hipótese, interesse processual. Embora a paternidade se

estabeleça em primeiro lugar, pela afetividade, não é bom que se permita a alteração do registro consoante se altere a relação afetiva. Do contrário, teríamos de admitir que uma pessoa pudesse, ao longo de sua vida, ter diversos pais, um a cada período.

Uma vez declarada a paternidade pelo genitor, entende-se que houve um querer, uma afetividade, ainda que efêmera. Neste caso, a relação é definitiva e não deve ser alterada, salvo por adoção.

QUINTA HIPÓTESE – Pessoa em cujo registro de nascimento conste nome do genitor em razão de determinação judicial em processo no qual não houve o reconhecimento da paternidade.

Trata-se de hipótese semelhante à quarta, acima mencionada e estudada, com diferença apenas na forma em que o nome do pai foi inserido no registro de nascimento do filho. Em uma hipótese, houve declaração espontânea do genitor, na outra a declaração foi judicial, sem seu reconhecimento.

Em qualquer caso, a alteração do registro não deve ser feita. No primeiro caso – o do reconhecimento – pela mesma razão da quarta hipótese acima; e no segundo caso – da declaração judicial – em razão da coisa julgada. Ressalva há de ser feita, obviamente, para a ação rescisória, se houver motivo.

SEXTA HIPÓTESE – O pai afetivo pleiteia obter declaração judicial de que não é pai, mediante ação negatória de paternidade, para ver alterado o registro de nascimento do filho, com exclusão de seu nome e dos avós paternos. Neste caso, o juiz deverá, em primeiro lugar, verificar se houve uma relação afetiva de pai X filho durante o tempo em que o nome do autor constou no registro de nascimento do réu. Se a resposta for positiva, o processo deverá ser encerrado com ou sem resolução do mérito, conforme a constatação tenha ocorrido com ou sem a produção das provas.

A moderna doutrina, como vimos, considera pai aquele que assume as funções deste, proporcionando o sustento e a educação do filho, além de assumir sua guarda e, principalmente dar-lhe afeto, independentemente de ser o genitor. Isso significa que uma pessoa pode ter um pai e um genitor.

De igual modo, é inadmissível a ação negatória de paternidade quando já existe a relação de afetividade entre autor e réu, mormente quando aquele sabia que não era o genitor deste quando se declarou pai para fins de registro de nascimento.

Em qualquer caso em que se faça a investigação contra o suposto genitor, seja qual for a finalidade, a prova pericial é de suma importância, sobretudo quando não existam outros meios de prova ou estes sejam insuficientes. É a estes casos que este estudo serve. Por mais extrema de dúvida esteja a afetividade como primeiro critério para definição da paternidade, o exame de DNA jamais poderá ser desprezado como meio de prova em investigação de paternidade contra o suposto genitor e com este fundamento, porquanto, casos sempre haverá em que o investigador não mantém qualquer relação de paternidade e afetividade com quem quer que seja. E nesse caso, o critério mais seguro e justo é o biológico.

Não tendo em seu registro de nascimento, um pai declarado, indiscutível é o direito que o filho tem de investigar a sua paternidade. Tal investigação recai, em regra, sobre o suposto genitor por razões óbvias. A dignidade, fundamento de nossa República, consoante a CRFB, art. 1º, III, não será alcançada pela pessoa que não tem uma identidade completa por desconhecer sua ascendência, salvo quando, nos casos de adoção, a paternidade legal satisfaça existencialmente o adotado. Ademais, o cumprimento da norma constitucional inserta no art. 229 da CRFB – “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” - somente poderá ser exigido pelo filho se ele conhecer sua paternidade, isto é, souber quem é seu pai.

A declaração judicial de paternidade e a inserção dos dados do genitor no registro

de nascimento do filho, não são capazes, por si só, de fazer com que aquele dê afeto a este, no entanto, poderá viabilizar o cumprimento de suas obrigações pecuniárias relativas ao sustento do filho, bem como possibilita a este o exercício de direitos hereditários. Essa conquista, embora parcial, tem relevância para o investigante que desconhece seu genitor e não tem pai afetivo. A obtenção de uma pensão alimentícia, por exemplo, poderá transformar sua vida através da educação, quando não salvá-la literalmente. Aliás, essa obrigação pode ser estendida aos avós consoante chama atenção o Prof. Eduardo de Oliveira Leite: “Em falta dos pais, diz a lei (art. 1.696) a obrigação recai sobre os ascendentes”.⁵⁴

A relativização da verdade genética interessa muito aos casos de procriação através de laboratórios, hipótese que está fora do nosso foco, por não constituir o escopo deste estudo. Este volta sua atenção para a massa, para a realidade da vida de milhões de pessoas, para o grande número de filhos que carecem não só de afeto, mas também do pão de cada dia, de educação, enfim, da assistência material mínima necessária para a sobrevivência. Estes casos impescindem da investigação da paternidade, da busca pelo conhecimento da ascendência genética. Para quem nunca teve um pai afetivo, conhecer o genitor é de suma importância, porquanto, a este pode ser imputada a responsabilidade por seu sustento e por sua educação, ainda que seja uma paternidade semelhante à admitida pelo direito alemão, “exclusivamente patrimonial”⁵⁵, nas palavras de João Baptista Villela “uma paternidade só para certos fins ou um estado que vale como paternidade, sem o ser efetivamente”⁵⁶.

Qualquer que seja o motivo da investigação da paternidade, o exame do DNA tem grande relevância como meio de prova desta, ou seja, para identificar o genitor ou pai biológico, como vem sendo denominado. No entanto, não obstante a grande

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral* in LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador), *Grandes temas da atualidade*, v. 5, alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos, p. 73

⁵⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, in Revista da Faculdade de Direito (UFMG), nº 21, p. 406.

⁵⁶ Idem.

probabilidade de certeza proporcionada por esse exame, outras dificuldades de ordem legal e social surgem para o investigador.

O exame do código genético – DNA – é meio de prova quase indispensável na investigação da paternidade, daí a importância de seu estudo envolvendo a eficiência, a necessidade, o custo e outros aspectos. Vários são os métodos de detecção da paternidade, existem mais de 60 grupos sanguíneos que podem ser utilizados para esse fim, dentre eles o ABO, HLA e Rh. Estes têm poder de exclusão da paternidade que varia de 13,42% a 92%, enquanto o exame de DNA tem o poder de inclusão de 99,9999%, o que justifica sua relevância como meio de prova.

Entretanto, não se deve olvidar os riscos de resultado diverso daquele correspondente à verdade. A certeza proporcionada pelo teste de DNA também está sujeita a algumas variantes, que podem distorcer a verdade, embora em mínima probabilidade, como a possibilidade de falhas técnicas; fraudes; e, eventualmente, o caráter limitado da perícia, ante o inexpressivo número de informações genéticas;

A falta de controle das atividades dos laboratórios deixa-os ao sabor das regras do mercado, permitindo que, no afã de auferir lucros, funcionem desprovidos de pessoal capacitado. Contudo, essas variantes não justificam o desprezo de tão importante prova, apenas recomenda cautela para que não se a considere prova absoluta da verdade em qualquer caso. O que se busca através do exame de DNA, como em qualquer outra prova, é a maior probabilidade possível da verdade, pois, desta não se tem certeza em nenhum meio de prova.

É preciso que o magistrado tenha o necessário cuidado para não se deixar influenciar pelo aumento da tensão causado na lide pelo alto índice de probabilidade de certeza que o exame de DNA proporciona – em torno de 99,99% - não permitindo que o princípio do livre convencimento seja comprometido. Ele

deve ter em mente que não obstante o alto índice da mencionada probabilidade, há a possibilidade de erro e de fraude e, portanto, o exame de DNA não constitui prova absoluta.

O magistrado pode e deve mandar repetir o exame, em outro laboratório, se houver indícios de erro ou fraude. A demora no desfecho da demanda é compensada pelo aumento da segurança que o segundo exame proporcionará.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Os direitos da personalidade têm proteção constitucional, neles está incluído o direito à vida, à integridade física, ao corpo e à intimidade; mas também o direito à integridade psíquica e à identidade pessoal, familiar e social. Sendo os primeiros dos pretensos pais e os segundos do filho, como conciliá-los? Como obrigar o suposto pai a submeter-se à coleta de material de seu corpo sem violar seu direito à integridade física ou ao próprio corpo? A presunção legal de paternidade de quem recusa submeter-se ao teste é constitucional? O que dizer do direito à identidade do filho?

Salienta-se, de início, que a investigação de paternidade aqui tratada é aquela necessária, ou seja, quando o investigante não tem pai declarado, e movida contra o suposto genitor, em razão da ausência de relação paterno-afetiva com outro homem. Acrescenta-se que a investigação em questão não tem como escopo impor uma relação paterno-afetiva, mas dar ao investigante o nome do pai e a possibilidade de oportuno exercício de direitos hereditários em relação a este, bem como impor ao mesmo a obrigação alimentar.

De um lado, o direito à integridade física, ao corpo e à intimidade do pai, além do direito à intimidade - segredo - da mãe; de outro lado, o direito à identidade e à integridade psíquica do filho. Que direitos devem preponderar? O direito à intimidade, nele incluído o de segredo, é direito fundamental, consoante o inciso X

do artigo 5º da Constituição da República. Na averiguação oficiosa ou na investigação de paternidade, ele será protegido, em tese, pelo segredo de justiça. A invasão indevida ou excessiva causa dano moral e enseja reparação.

O art. 227, § 6º da Constituição da República garante a igualdade de direitos dos filhos. É possível o cumprimento dessa norma sem a invasão da intimidade do investigado? E o princípio da dignidade humana assegurado no art. 1º, inciso III da CRFB, restará obedecido sem os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes da filiação? Sem o *status* de filho? Há invasão indevida da intimidade, ofensiva à dignidade do investigado, diante do direito subjetivo de ação assegurado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República?

Sobre a condução do investigado ao laboratório debaixo de vara, duas posições se destacam na doutrina, e são expressas em comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal - Pleno - no *Habeas Corpus* 71.373-4/RS, publicado no DJU em 22/11/1996:

- a) a que inadmite, em plena democracia, a perseguição policial para conduzir algemada, uma pessoa ao laboratório, introduzindo-lhe uma agulha e retirando-lhe sangue para exame.⁵⁷ Conclui que a recusa a fornecer material para exame deve ser apreciada pelo juiz com base no princípio do livre convencimento, sopesada com outras provas advindas do processo⁵⁸;
- b) a que admite sob o fundamento de que à integridade física do investigado devem ser aplicados os mesmos argumentos quanto à preponderância do direito do filho à identidade *lato sensu*, à verdade e ao direito geral de personalidade.⁵⁹

⁵⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: Direitos humanos "versus" exercício da jurisdição*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade DNA*, p. 119.

⁵⁸ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Idem*, p. 123.

⁵⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade DNA*, p. 360/361.

No voto vencido proferido no Acórdão acima referido, o Ministro Francisco Rezek fez constar que "o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado".

Também em seu voto vencido, o Ministro Ilmar Galvão expressou:

Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

José Carlos Barbosa Moreira aponta três alternativas para que se escolha a correta, na hipótese de o investigado, na ação de investigação de paternidade, resistir à coleta de material em seu corpo para exame pericial: a) renunciar à prova; b) obter o material através da força; c) tirar da negativa uma consequência desfavorável ao demandado.⁶⁰

O mesmo autor aponta a inconveniência das duas primeiras, sendo que na primeira o juiz ficaria privado de importante elemento para seu convencimento; na segunda, diz que a consciência jurídica contemporânea não ver com bons olhos submeter a parte a uma agressão corporal, ainda que por uma boa causa; finalmente, afirma que a terceira é a que goza, em muitos casos, da preferência da lei e dos tribunais.⁶¹ Porém, adverte que o autor pode sair vencido apesar da negativa do demandado, sendo esta, mero indício a ser sopesado pelo juiz diante de outras provas.⁶²

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La negativa de La parte a someterse a una pericia médica: según El nuevo Código Civil brasileiro*. REPRO 113, p. 117.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem, p. 121.

A alternativa mais adequada em caso de resistência do investigado no que diz respeito ao exame de DNA, será estuda a seguir, com foco na questão da presunção proclamada no Enunciado nº 301 da Súmula da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

3.3 DA SUPOSTA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

O exame do código genético pode ocorrer por vontade da mãe e do suposto pai, judicial ou extrajudicialmente, ou ainda, por determinação judicial. Nesta última hipótese é possível que o suposto pai recuse submeter-se à coleta de material de seu corpo – sangue, por exemplo - para o exame. O Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento – Súmula 301 - no sentido de que, havendo a recusa, presumir-se-á a paternidade.

Após críticas, a mencionada Corte alterou o entendimento para somente autorizar a aplicação da Súmula quando houver algum outro começo de prova. É o que se infere, por exemplo, do julgado abaixo:

Direito de família e processual civil. Recurso especial.

Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.

- O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa.

- Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas

indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. (REsp/ MG RECURSO ESPECIAL 2004/0133071-1, rel. NANCY ANDRIGHI, DJ 12/09/2005 p. 327).

As críticas partem da premissa de que o dispositivo legal que dá fundamento à Súmula – o artigo 232 do Código Civil – não impõe a presunção, mas apenas

autoriza o juiz a concluir pela paternidade quando, diante da recusa do investigado, outros fatos o levarem a esta convicção.

Posiciona-se Francisco Vieira Lima Neto:

Uma análise dogmática do art. 232 do código civil brasileiro nos permite concluir, entendo eu, em oposição a respeitáveis posicionamentos da doutrina de direito civil, que estamos diante de um dispositivo que estabelece, ao contrário do exposto na Súmula 301 do Superior Tribunal de justiça, bem menos que uma presunção relativa, constituindo mera autorização.⁶³

O mencionado autor critica também a doutrina que advoga a possibilidade de obrigar o genitor a assumir a paternidade, priorizando a verdade biológica em detrimento da afetiva.

Porém, o que importa é destacar que se por um lado se tenta defender com ferocidade a paternidade sócio-afetiva e o projeto parental, por outro a mesma doutrina valoriza em excesso a verdade biológica ao tentar, por todos os caminhos e com todas as ferramentas materiais e processuais, obrigar o réu, suposto pai, a assumir a sua paternidade biológica.⁶⁴

Por sua vez, Fredie Didier Jr. interpreta a regra do artigo 232 do Código Civil como um indício, asseverando não se tratar de presunção legal. O referido autor considera de pouca utilidade o texto legal em questão e critica a Súmula 301 do STJ, porquanto parte de uma interpretação que considera uma presunção legal a regra do artigo 232 do Código Civil.⁶⁵

Na mesma linha de entendimento é a lição de Rodrigo Mazzei ao afirmar que a norma extraída do artigo 232 do Código Civil tem alcance limitado ao processo,

⁶³ LIMA NETO, Francisco Vieira. *A falsa presunção constante do art. 232 do código civil in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*, p. 93.

⁶⁴ Idem, p. 100.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do código civil e o enunciado nº 301 da súmula da jurisprudência predominante do superior tribunal de justiça. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*, p. 107.

portanto, não se trata de presunção legal, mas de presunção judicial⁶⁶, para em seguida afirmar a inutilidade da regra por ditar o óbvio.⁶⁷

Rolf Madaleno, tecendo comentários sobre a recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA, assevera que “tal resistência não passa de um indício, que logicamente há de ser apreciado pelo julgador no exame conjunto das provas...].”⁶⁸

Além da duvidosa constitucionalidade da Súmula 301 do STJ, que autoriza a declaração judicial da paternidade presumida em razão de o suposto pai se negar a submeter-se ao exame de DNA - a Constituição da República assegura que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo; e se uma garantia constitucional não pode ser violada por uma regra infraconstitucional, com muito mais razão não o pode por uma construção jurisprudencial – outros argumentos se somam a este para afastar a possibilidade da presunção legal com base no artigo 232 do Código Civil.

Um destes argumentos é o de que, na hipótese de revelia na ação de investigação de paternidade, o exame de DNA também não é realizado, entretanto, não se aplica a presunção legal, nem mesmo simples, mas, a declaração de paternidade dependerá de outros elementos de prova. É o que se extrai dos ensinamentos de Rodrigo Mazzei:

De plano, não é possível se afirmar que há presunção relativa de paternidade pela simples recusa a exame atrelado ao DNA, tendo em vista que tal fato não pode ser visto isoladamente como elemento de convicção do julgador. [...não há presunção semelhante se a ação não tiver sido contestada por aquele que se negou a fazer a perícia, uma vez que a revelia tem limitadíssimos efeitos nas ações que visam

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo. *Algumas notas sobre o (dispensável) art. 232 do código civil*. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), *prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*, p. 261.

⁶⁷ Idem, p. 262.

⁶⁸ MADALENO, Rolf. *A presunção relativa na recusa à perícia em DNA* in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), *prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*, p. 298/299.

provar (ou negar) vínculos biológicos.⁶⁹

Outrossim, Humberto Theodoro Júnior diferencia a “ficção legal” da “presunção”, afirmando que aquela é estabelecida pelo legislador e esta resulta de conclusão do juiz. Sobre a regra do artigo 232 do Código Civil, expõe:

Tendo o texto ensejado a oportunidade de substituir a prova que se pretendia alcançar por meio da perícia médica pela ilação extraída do comportamento da parte, à primeira vista poder-se-ia pensar que o dispositivo quis criar uma ficção legal, ou seja, teria punido a conduta censurável da parte com a imposição de ter-se por verdadeiro um fato relevante, sem qualquer respaldo na prova dos autos. A regra *sub examine*, todavia, não é como a que comanda a revelia [...](CPC, art. 319). A lei processual não exige, nesse passo, prova de fato algum pertinente ao litígio para dele extrair a veracidade imposta por ficção legal. Não é o que se dá com o art. 232 do Código Civil, porque aqui o preceito não impõe, necessariamente, o suprimimento da prova pericial médica, pela imediata acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória frustrada pela resistência de um dos litigantes. A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimimento. [...] A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei”.⁷⁰

Realmente a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido destacado pelos autores acima citados, conforme vimos no julgado colacionado. Porém, vale salientar a sustentação da legalidade e da constitucionalidade da submissão compulsória do investigado à coleta de material de seu corpo para exame de DNA, feita por MARIA CELINA BODIN DE MORAES, sob o argumento de que a negativa de submissão ao exame, impedindo a produção da prova, constitui abuso de direito, o que encontra rejeição na lei. A mencionada autora escreveu que o ato exercido em contrariedade à finalidade do direito, ao seu espírito, à sua função social é abusivo, pois o direito subjetivo não se qualifica apenas por seu conteúdo pré-definido pelo legislador (pressuposto fático) mas, principalmente, pelas circunstâncias do seu exercício. Conclui assim,

⁶⁹ Obra citada, p. 267.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*, p. 127.

que é abusiva a recusa do suposto pai à submissão à ordem judicial para comprovação, ou negação, de sua paternidade, preponderando o interesse do pretense filho à certeza acerca de sua origem genética sobre o direito de recusa do pai, que é egoístico.⁷¹

De fato, dispõe o CC, art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

É certo, que o que é abusivo é contrário ao ordenamento jurídico, portanto, deixa de ser direito. Verifica-se o abuso do direito quando o exercício deste impede ou compromete o de outrem, quando a utilidade do exercício do direito de um é desproporcional às consequências suportadas pelos outros.

No caso da recusa injustificada ao fornecimento de amostras para exame de DNA, o exercício do direito à incolumidade física, é desproporcional ao sacrifício imposto ao pretense filho, que não terá acesso à verdade sobre sua ascendência biológica.

Com esses argumentos MARIA CELINA assevera que

A perícia compulsória, então, se, em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela, prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual.⁷²

A súmula do STJ, que autoriza a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA, antes da alteração do entendimento

⁷¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: Uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade - DNA*, p. 230/231.

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: Uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da*

para adicionar a exigência de outras provas, ainda que indiciárias, resulta da aplicação de uma técnica para resolver conflito de normas. Na hipótese, os direitos da personalidade do investigante - à integridade psíquica e à identidade pessoal, familiar e social - conflitam com idênticos outros direitos da personalidade do investigado - à integridade física, ao corpo e à intimidade. Aí reside o fundamento da presunção de paternidade.

Sabe-se que os conflitos de normas-regra são sempre aparentes, porquanto, a resolução está pré-estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil: A lei especial revoga a geral; sendo iguais, a mais recente revoga a antiga e assim por diante. De forma que uma afasta a outra do ordenamento. Entretanto, não há lei prevendo a solução de conflito de normas-princípio. A lacuna vem sendo preenchida pela doutrina, que criou a técnica da ponderação de bens ou de interesses.

Não existe hierarquia entre as normas constitucionais, uma não pode afastar outra, do ordenamento. A técnica da ponderação permite ao magistrado, diante do caso concreto, sopesar os interesses ou bens em conflito, fazendo preponderar um sobre o outro, naquele caso concreto, sem afastar do ordenamento qualquer dos princípios.

No caso em análise, pensamos que o Superior Tribunal de Justiça, quando editou a Súmula 301, entendeu que os interesses do filho, de conhecer sua ascendência, preservando sua integridade psíquica e obtendo sua identidade pessoal, familiar e social, deve preponderar sobre os interesses do suposto pai, à integridade física, ao corpo e à intimidade, apenas para a investigação da paternidade, mantendo cada um deles tais direitos da personalidade para qualquer outro efeito.

Ocorre que procede o entendimento atual de que da recusa não decorre necessariamente a presunção, mas o magistrado deve levar em consideração o conjunto probatório e todos os elementos contidos nos autos. Não havendo

nenhuma outra prova, ainda que indiciária, o juiz deverá analisar o motivo da recusa e decidir de acordo com a sua convicção formada a partir de todos os elementos dos autos.

Deve prevalecer o bom senso sempre, as decisões devem levar em consideração o caso concreto. Mesmo nas hipóteses em que a investigação tenha como escopo o conhecimento da identidade genética do investigante, sem o propósito de alterar o registro, é possível que o interesse do filho prepondere em relação ao do pai, por exemplo, quando tal conhecimento tiver por finalidade decidir sobre o casamento com suposto parente próximo, ou ainda, para buscar pessoas possivelmente compatíveis para doação de órgãos. Além dessas hipóteses, quando o conhecimento da ascendência visar meramente a revelação da identidade genética, também será possível que o interesse ou direito do filho prepondere sobre o do pai, se este não apresentar razão plausível para sua recusa. Porém, em todas estas hipóteses a presunção não tem aplicabilidade, havendo necessidade do exame de DNA, que pode ser feito com material como cabelo ou outro de coleta menos agressiva que o sangue.

3.4 DIREITOS HUMANOS OU FUNDAMENTAIS QUE AUTORIZAM A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE

Segundo o conceito clássico, “Direitos Humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”.⁷³ Esse conceito é produto da evolução da sociedade e sempre evoluirá com esta, estando em permanente construção.

A Convenção de Direitos da Criança foi admitida no ordenamento brasileiro através do Decreto 99.710/90. Consoante regra do art. 5º, § 2º da Constituição da

⁷³ HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*, p. 19.

República admite-se que direitos decorrentes de tratados ou acordos internacionais sejam acrescentados ao rol dos direitos fundamentais.

Sendo a bagagem genética, parte da identidade de uma pessoa, e, diante do direito a uma identidade cultural assegurado na Declaração dos Direitos da Criança, é possível asseverar que nosso ordenamento jurídico assegura às crianças, o direito a investigar e conhecer sua etnia, sua raça, e sua origem genética? A resposta há de ser afirmativa.

Além desse direito inarredável da criança, outros são assegurados na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, que conduzem à mesma conclusão. A igualdade entre os filhos (CR, art. 227, 6º e ECA, art. 20) é um exemplo. A criança, que, por não conhecer sua paternidade, não tem o nome dos ascendentes paternos nem os apelidos do pai em seu Registro e Certidão de Nascimento e não recebe assistência afetiva nem material, vive em plena desigualdade com seus eventuais irmãos que gozem desses direitos, em total desrespeito à norma constitucional.

De igual modo, o art. 1º, § 1º da Constituição da República é violado quando os direitos acima não são exercidos pela criança, porquanto, não é possível respeitar a dignidade humana - no caso, da criança - afastando-se direitos básicos da personalidade da mesma. Também, o dever de sustento previsto no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser assegurado sem que a paternidade haja sido reconhecida pelo pai ou declarada judicialmente.

O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente - "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou os herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça" - serve de base para a coatividade do exame de DNA? Também a esta indagação a resposta deve ser positiva, porquanto, a lei diz reconhecimento em sentido amplo, incluindo o judicial. A expressão "contra os

pais" indica uma referência à investigação judicial da paternidade; enquanto a expressão "sem restrição, observado o segredo de justiça" evidencia que o direito à intimidade, à vida privada e à integridade física dos pais devem ceder lugar ao direito da criança ou do adolescente, de conhecer sua ascendência, exercendo os direitos dela decorrentes, protegendo, assim, sua dignidade.

A Lei 8.069/90 assegura à criança e ao adolescente direitos fundamentais, dentre eles, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 4º), sendo que a garantia de prioridade compreende, dentre outras, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais e públicas; políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmoniosos, em condições dignas de existência (art. 7º); o direito de ser criado e educado no seio da sua família (art. 19); o direito de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da identidade; o direito de alimentos, guarda e educação pelos pais (art. 22); o direito de reconhecimento do estado de filiação (art. 27); o de acesso à justiça (art. 141).

Todos estes direitos estarão comprometidos se o Estado se omitir diante de sua obrigação de oferecer os meios necessários à realização da prova pericial na ação de investigação de paternidade em que for investigante criança ou adolescente, como ocorre na maioria dos casos.

Na Alemanha, considera-se o conhecimento de sua origem ou ascendência, um direito fundamental, o que justifica a coleta coercitiva de material para exame de DNA, fazendo-se o sopesamento das garantias constitucionais.

É certo que muitas crianças não conheceram os seus genitores, porém, foram adotadas e estão satisfeitas com a família substituta, ao ponto de não desejarem conhecer suas ascendências. Nestas hipóteses, não há violação de direito, pois, é

o próprio titular deste que não deseja exercê-lo, por já haver assumido a filiação afetiva. Vale ressaltar que o adotado não poderia investigar a paternidade para alterar seu registro de nascimento, mas somente para conhecer sua ascendência.

O direito a conhecer sua ascendência é consectário do direito à identidade, e juntamente com outros direitos, como o de ser sustentado e educado, durante a infância e a adolescência; o direito à habitação com a família; o direito à instrução, integra o rol de direitos humanos ou fundamentais, porque essenciais à dignidade da pessoa. São inerentes à própria condição de pessoa humana.

O exercício de todos os direitos acima mencionados não raro depende do conhecimento da paternidade, de se saber quem é o provedor, quem tem a obrigação de viabilizá-los com os recursos necessários. Conhecendo-se o pai, se este for omissor, pode-se buscar a tutela judicial para obrigá-lo a satisfazer sua obrigação. Não é possível obrigá-lo a dar afeto, mas a prover o indispensável ao sustento do filho consoante o seu padrão de vida, é perfeitamente possível.

A democracia pressupõe a cidadania das pessoas, que precisam ser reconhecidas como tal, tendo respeitada a sua dignidade. Feliz é a observação do Professor João Baptista Herkenhoff: “Ninguém pode ser cidadão se não é pessoa, se não se lhe reconhecem os atributos próprios da dignidade humana”.⁷⁴

Parte II

O CUSTO COM A PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA) COMO MEIO DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

Provada não só a importância, mas o inegável direito fundamental de identidade genética e conseqüente conhecimento de sua ascendência, pertinente é o estudo do caminho e as dificuldades em uma investigação de paternidade, principalmente no que diz respeito ao acesso à justiça pelo investigador.

Além dos aspectos legais vistos por alguns como impeditivos da investigação de paternidade, os filhos não reconhecidos voluntariamente por seus genitores, encontram outras dificuldades, sendo a maior delas o acesso à justiça, apesar da norma constitucional inserta no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Acesso à Justiça não significa, como já vimos acima, apenas o direito de iniciar um processo, mas, entre outros direitos, o de gratuidade aos necessitados, o de produzir provas e o de obter uma decisão justa e adequada, consoante o pensamento de MAURO CAPELLETTI e BRYANT GARTH.⁷⁵ O respeito ao direito à produção de provas no processo constitui fator indispensável para a existência

⁷⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Ética, educação e cidadania*, p. 8.

⁷⁵ CAPELLETTI, Mauro & Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Obra citada.

do devido processo legal, porquanto, não existe este sem aquele.

Assim, qualquer obstáculo que venha a parte encontrar para o exercício desse direito de produzir prova deve ser afastado. Nenhuma condição que a parte não possa suportar deve ser permitida. O Estado deve se antecipar, oferecendo à parte necessitada os meios idôneos para produção da prova.

Além de estar contida no conceito de acesso à justiça, a prova na investigação de paternidade é uma questão de ordem pública, pois, a investigação pertence ao sub-ramo do direito de família, que é constitucionalmente tratado como questão de ordem pública, como também o são os interesses da criança e do adolescente.

Sendo de ordem pública, não há razão para negar a obrigação estatal de proporcionar os meios necessários para a produção da prova. No direito penal há muito não se discute esta obrigação, o Estado oferece defensor aos acusados desprovidos da devida assistência profissional capaz de oferecer sua defesa técnica, como também providencia as perícias necessárias. A base teórica para isso é exatamente o caráter público que tem o direito penal.

Com o direito de família e com os interesses da criança e do adolescente não pode ser diferente. Vale lembrar que a esmagadora maioria das investigações de paternidade tem como investigante uma criança ou um adolescente. Portanto, esta é mais uma razão para que o Estado custeie as despesas com o exame de DNA, como meio de prova nestes processos.

1. AS DESPESAS DO EXAME DO DNA COMO MEIO DE PROVA DA FILIAÇÃO

No processo de investigação de paternidade, a prova mais importante, pela eficiência que em regra oferece, é o exame de DNA, que não obstante o

barateamento sofrido desde sua descoberta, ainda está fora do alcance de muitas pessoas carentes de recursos financeiros. O Estado Brasileiro ainda não se desincumbiu da obrigação de custeá-lo para as pessoas referidas, cerceando o direito que as mesmas têm de acesso à justiça.

Alguns Estados Federados e também alguns municípios têm programa neste sentido, mas com limitações. O Estado do Espírito Santo, por exemplo, custeia os exames quando o investigante da paternidade está assistido pela Defensoria Pública, porém, somente se o exame for de amostras do trio: Filho, mãe e suposto pai, ou seja, se o suposto pai for falecido, o investigante tem o acesso à justiça negado por essa via indireta. Outrossim, também é negado o acesso a tal exame e, conseqüentemente à justiça, ao investigante domiciliado em comarca desprovida de Defensoria Pública, que são muitas no Estado.

Sendo o exame de DNA a prova pericial quase sempre indispensável à justa e adequada prestação jurisdicional; e estando o seu custo fora do alcance da parte, se o Estado não provê-lo, custeando as despesas, seja oferecendo a estrutura de laboratório próprio, seja contratando laboratório privado, estará denegando justiça, pois, a decisão seguramente será injusta.

O investigante, ao ingressar com a ação, atribui a paternidade a determinada pessoa – o investigado – portanto, consoante a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, tem o ônus de provar este fato; se não o fizer a decisão ser-lhe-á desfavorável. Se o único meio de prova for o exame do DNA, se este não for feito, ainda que o fato seja verdadeiro, será tido como falso e a decisão será injusta, ou seja, o acesso à justiça terá sido denegado.

2. INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA PROVA PERICIAL

O direito de produzir a prova, como já acima visto, insere-se no contexto do acesso à justiça, do devido processo legal e do Estado de Direito. Negar o primeiro significa negar os demais, em inaceitável violação à Constituição da República. Portanto, o ordenamento há de oferecer os meios e técnicas capazes de garantir ao jurisdicionado o exercício do direito de produção da prova sem despesas, na hipótese de pobreza da parte interessada, garantindo o devido processo legal e o acesso à justiça, confirmando, assim, o Estado de Direito.

A Lei 1.060/50 incluiu as despesas da prova pericial consistente no exame de DNA entre as que deverão ser suportadas pelo Estado, em caso de parte ou interessado pobre. Que medidas devem, então, ser adotadas pela parte interessada e pelo juiz, quando essa obrigação não for cumprida? Depende do caso concreto.

Vários são os instrumentos que podem ser utilizados para garantir à parte necessitada o direito de produzir a prova pericial no processo de investigação da paternidade, às expensas do Estado. A medida pode ser adotada no próprio processo relativo à investigação ou em processo autônomo relativo à ação própria.

A ação pode ser coletiva ou individual. Como veremos a seguir, o Ministério Público ou outro legitimado poderá requerer as medidas necessárias em ação civil pública. Também o Ministério Público poderá manejar, em alguns casos, o mandado de injunção, que atualmente não cabe contra a União pelas razões que serão expostas no capítulo dedicado ao tema.

2.1 ORDEM PELO JUIZ NO CURSO DO PROCESSO E/OU POR AÇÃO PRÓPRIA: PERSPECTIVAS SOBRE A TUTELA MANDAMENTAL.

A questão do exame gratuito do DNA como meio de prova em processo de

investigação de paternidade pode ser tratada coletiva ou individualmente. A abordagem do tratamento coletivo é feita em outros capítulos, sobretudo no que estuda a ação civil pública. Aqui será abordado o tratamento individual a ser dado à questão.

A sentença que impõe uma conduta de não fazer ou infungível de fazer, requer uma medida coercitiva, pois atua sobre a vontade da parte. A multa é uma das mais eficazes medidas de coerção para esse tipo de conduta, e, hodiernamente, já se admite a mesma também nas obrigações fungíveis, não obstante a possibilidade de execução por sub-rogação. Nas palavras de Marinoni, “eliminou-se, assim, a idéia de que a multa somente poderia atuar nos locais em que as medidas de execução diretas não fossem efetivas”.⁷⁶

A multa nas sentenças que impõem esse tipo de conduta – de não fazer ou infungível de fazer – dar-lhe idoneidade, afastando a inocuidade. Com efeito, a sentença mandamental, que atua sobre a vontade da parte, se desprovida de força coercitiva, é inócua. Nosso ordenamento já conhece essa espécie de sentença há muito tempo, um exemplo delas é a inibitória.

Recentemente, o Código de Processo Civil passou a admitir a multa coercitiva em sentenças que imponham obrigação de abstenção de ato, tolerância de atividade, prestação de ato e entrega de coisa (art. 287 e 461, § 4º).

Marinoni lembra que algumas sentenças como as possessórias, reivindicatórias e de despejo, já eram consideradas executivas *lato sensu*, antes da existência da regra do artigo 461-A do Código de Processo Civil, e que novidade, portanto, são as sentenças relacionadas a ilícitos que não provocaram danos. Admitir sentenças executivas *lato sensu* nessas hipóteses é, em sua opinião, uma decorrência das novas funções do Estado, agora mais protetivo. Acrescenta que ao contrário da sentença ressarcitória com base em ilícito danoso, a tutela de remoção do ilícito não danoso, independe de declaração de dano e do nexos causal, bastando declarar o ilícito praticado pelo réu, o que autoriza a expedição do

mandado executivo.⁷⁷

A questão da tutela jurisdicional, nela incluída a mandamental, deve ser estudada sob a luz dos direitos fundamentais. Todo o ordenamento jurídico ilumina-se nas normas de direito fundamental, de forma que não é válida a regra que as contrariar. Essa é a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o dever de protegê-los, editando as normas que forem necessárias.

Os direitos fundamentais vão além do direito à defesa, alcançando também o direito a prestações. O Estado moderno abandonou a orientação liberal, em que seu dever era somente o de abster-se de ingerir-se na esfera jurídica do particular, para assumir o dever de prestações aos administrados.

O dever de tais prestações, na classificação de Canotilho, citado por Marinoni, pode ser originário ou derivado. Aqueles existem quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”.⁷⁸ De outro lado, os direitos derivados a prestações consistem no “direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos”.⁷⁹

Com base nesta lição, podemos afirmar que o direito de acesso à justiça, que é um direito fundamental inserto no rol destes, no artigo 5º, XXXV da Constituição, gerou para o Estado o dever de criar normas como a da assistência judiciária, com gratuidade de todos os atos processuais para as pessoas necessitadas; bem como de prestação de serviços gratuitos como o de perícia, a exemplo da consistente no exame de DNA, contemplando um direito originário da parte carente, assim entendida aquela que não pode pagar as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 89.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 90/91.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 137/138.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Idem*, p. 138.

A definição de “necessitado” é dada pela Lei 1060/50, que criou a assistência judiciária gratuita. Com efeito, após estabelecer no artigo primeiro que “os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei”, define “necessitado”, no artigo 4º, como sendo aquele que não tem condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Não se está aqui defendendo a existência de duas justiças, uma paga – para ricos – e outra gratuita – para pobres – mas reconhecendo que a cobrança não impede que os abastados tenham acesso à justiça, pois, podem pagar as despesas; e afirma-se que a falta de recursos financeiros não pode constituir obstáculo ao acesso à justiça, devendo ser gratuita para quem não pode pagar.

A partir do momento em que o Estado cria a estrutura para possibilitar o efetivo exercício do direito, a exemplo da realização de exame de DNA como meio de prova processual na ação de investigação de paternidade, todos os investigadores pobres no sentido legal - que não podem pagar as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família - têm o direito de igual acesso ao referido serviço, que constitui um seu direito derivado.

Desta forma é que se pode asseverar que a oferta do serviço necessário ao exercício do direito fundamental deve ser feita a todos que dele necessite, indistintamente. A seleção de pessoas com determinado perfil com exclusão de outras, constitui violação a direitos fundamentais. Destarte, oferecer exame gratuito de DNA somente a quem esteja representado pela Defensoria Pública e a quem tenha como suposto pai pessoa viva, excluindo os investigadores representados por advogado constituído ou nomeado pela OAB ou pelo juiz, e aquele cujo suposto pai esteja morto, como fazem alguns Estados, constitui grave violação de direitos fundamentais, dentre eles, o de acesso à justiça.

Os direitos a prestações, na classificação de Alexy, também citado por Marinoni, podem ser em sentido amplo e em sentido estrito. Neste último sentido são as prestações sociais, enquanto naquele – amplo - está incluído o direito à proteção. Para aquele autor, as prestações transcendem as fáticas, alcançando as normativas, inclusive as de organização e de procedimento.⁸⁰

Desta linha de pensamento infere-se que o fornecimento de meios para a produção da prova - exame de DNA - às expensas do Estado Federado, constitui obrigação deste; e sua omissão configura a violação de direitos fundamentais, sobretudo o de acesso à justiça. Deve o Estado adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento da obrigação - prestação fática - que é, no caso, o serviço de realização do exame, fazendo a dotação orçamentária, encarregando um órgão para execução por si ou mediante contratação de terceiros e disciplinando o atendimento. Com efeito, a proteção do Estado ao direito do particular deve ser integral, incluindo a concreta atuação da Administração.

2.1.1 Necessidade de uma Tutela Efetiva

Já vimos que a norma que se extrai do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República vai muito além do mero pronunciamento judicial diante da demanda do jurisdicionado. A referida norma constitucional garante a todos, o acesso à justiça-valor, isto é, o acesso à ordem jurídica justa. Isto significa que garante além do acesso à Justiça-instituição, uma prestação jurisdicional efetiva.

Destarte, não basta permitir que uma pessoa ingresse em juízo com uma ação de investigação de paternidade, mas que lhe seja permitido produzir todas as provas necessárias à demonstração do fato narrado. Nesta espécie de ação, a prova pericial tem altíssima relevância, dada a escassez de outras provas, em regra. O Superior Tribunal de Justiça vem dando provimento aos recursos do investigado para anular sentenças de

procedência prolatadas com base em outras provas, determinando que seja realizada a prova pericial. Tal prova consiste no exame de DNA, que tem um custo considerável para a grande maioria dos investigantes, que realmente não têm condições para pagá-lo.

Nesta hipótese, é inadequada a prestação jurisdicional consoante a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil. É inadequada a decisão que considera ausente o fato cuja prova não foi produzida por falta de condições financeiras da parte interessada, aplicando a regra de julgamento inserta no mencionado dispositivo legal. Essa prestação jurisdicional estaria em desacordo com o ordenamento jurídico, porque em confronto com as normas constitucionais de direitos fundamentais. Se imaginarmos que o investigado – na ação de investigação de paternidade - seja mesmo o genitor, mas que o exame de DNA não seja feito por falta de condições financeiras do investigante para custeá-lo, a aplicação da regra do artigo 333 do CPC conduziria à improcedência do pedido, resultado oposto ao que se deveria alcançar.

É preciso que, no processo, o juiz não só defira a prova pericial, mas determine sua realização às expensas do ente político que tem o dever de proporcioná-lo; no caso, o Estado Federado. Essa determinação não encontrará dificuldade na Unidade da Federação em que o serviço estiver organizado e oferecido a todos os necessitados, indistintamente. Porém, nas unidades que fazem distinção, o juiz deverá deferir a medida adequada e eficaz para alcançar o resultado pretendido. Tal medida será diferente conforme o estágio organizacional do Estado neste aspecto. Para um Estado totalmente omissor, a medida será uma; enquanto para o Estado que ofereça parcialmente o serviço, a medida há de ser outra.

São várias as hipóteses vividas pelas pessoas que necessitam produzir a prova nas milhares de comarcas do País; cada situação desafia soluções diferentes. Trabalharemos algumas situações vislumbradas, com base nas leis promulgadas em sete unidades federativas – Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo - e na realidade constatada em algumas delas, apontando uma ou mais soluções.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Idem, p. 139.

Situação 1 – LEI QUE EXCLUI O INVESTIGANTE NÃO REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - Encontramos este exemplo nas leis dos Estados do Espírito Santo, de Mato Grosso e do Rio Grande do Sul. Nesta hipótese, três são as medidas judiciais possíveis, uma de resultado a curto prazo, outra a médio prazo e finalmente, outra a longo prazo.

Na primeira, o Ministério Público ou o patrono do investigante deverá requerer nos próprios autos que o juiz oficie ao Defensor Público Geral para que nomeie um Defensor para o processo, no prazo de dois dias (Lei 1.060/50, artigo 5º, § 1º). Feita a nomeação, as pessoas são encaminhadas para a devida coleta das amostras, seguida da realização do exame. Não há necessidade de renúncia do patrono nem de que o Ministério Público passe de parte a fiscal da lei; o defensor público atuará em conjunto. A rigor, nem precisará atuar.

Trata-se de medida pragmática, que ignora a inconstitucionalidade da lei, para resolver de imediato a situação da parte, proporcionando-lhe possibilidade de produção da prova pericial requerida e, em seguida, a prestação jurisdicional.

A segunda alternativa é o requerimento de declaração de inconstitucionalidade da lei, na parte que faz exclusões indevidas. Declarada esta, encaminham-se as pessoas interessadas para a coleta das amostras e realização do exame, independente de nomeação de defensor público. Caso permaneça a recusa, medidas coercitivas devem ser adotadas.

O controle difuso de constitucionalidade produz efeitos no caso concreto, porém, o Poder Executivo, querendo, pode adotar o procedimento determinado em um caso concreto e aplicar a todos daí por diante. Mas, é possível que acate a decisão judicial no caso específico e continue violando a Constituição nos demais casos. Nesta hipótese, para não repetir o pedido em cada caso, poder-se-á optar pela terceira alternativa, que é a ação direta de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade decorre do tratamento diferenciado, violando os princípios da isonomia e o do acesso à justiça, portanto, transgredindo a norma do artigo 5º, XXXV.

Situação 2 - LEI QUE RESTRINJA O EXAME ÀS AMOSTRAS COLHIDAS NO TRIO: FILHO, MÃE e SUPOSTO PAI – atualmente verificada nos Estados do Espírito Santo e de Minas Gerais. A lei que assim disponha viola a Constituição porque exclui do direito fundamental de acesso à justiça o investigante cujo suposto pai seja morto ou ausente. Esse tratamento discriminatório também viola o princípio da isonomia. As medidas judiciais adequadas para remover o obstáculo são as duas últimas acima apontadas, ou seja, o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Outrossim, revela-se viável uma ação civil pública para que o Estado faça dotação orçamentária a fim de atender às pessoas excluídas pela lei inconstitucional, declarando-se a inconstitucionalidade nos autos da mesma.

As leis que fazem esta exclusão visam fazer gastos menores com o serviço em questão, pois, os exames a partir das amostras colhidas nas três pessoas mencionadas custam muito menos haja vista necessitarem de menos comparações do que nos casos de amostras colhidas em supostos parentes mais distantes.

Ocorre que a economia de gastos nos serviços públicos não pode sacrificar o cumprimento da lei, mormente da Constituição, sobretudo quando se refere a direitos fundamentais. Constitui obrigação do legislador fazer a necessária dotação orçamentária para atender a todos os casos em que seja necessário o exame de DNA.

Situação 3 - EXISTÊNCIA DE LEI DEPENDENTE DE REGULAMENTO - Merece atenção a situação hipotética em que o Estado disponha de lei, que careça de regulamento, por isso, deixa de oferecer a realização gratuita do exame de DNA. Nesta hipótese, basta que o investigante requeira o exame às expensas do Estado nos próprios autos da ação de investigação de paternidade. Deverá o juiz intimar este para que, em determinado prazo, indique o laboratório autorizado, ou deposite a quantia correspondente ao preço do exame, sob pena de multa de igual valor. Esta deverá ser executada pela técnica da requisição de pequeno valor. Outrossim, a ação civil pública poderá ser utilizada visando compelir o Estado a fazer a dotação orçamentária e organizar o serviço.

Tratando de semelhante questão relativa ao direito ao ambiente, Marinoni assevera:

Ora, se diante de um direito definido como inviolável pela Constituição Federal a lei determina a necessidade de uma prestação estatal, é evidente que o Poder Público não pode negá-lo, ou mesmo adiá-la ou postergá-la. As alegações de conveniência e oportunidade, aqui, são pouco mais do que descabidas. Por outro lado, a mera alegação de indisponibilidade orçamentária não pode servir para obstaculizar a exigibilidade da prestação, sob pena de se admitir que o Poder Público pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito dito inviolável pela própria Constituição Federal.⁸¹

O acesso à justiça é direito fundamental de todos e se constitui da prestação jurisdicional com a tutela adequada, em tempo razoável, gratuita para os carentes, prestada por juiz natural, no devido processo legal, que inclui o direito de produzir as provas necessárias. O exame de DNA em ação de investigação de paternidade constitui prova pericial necessária, em regra, indispensável à prestação da tutela adequada, conseqüentemente, ao pleno acesso à justiça. Assim, o Estado não pode se omitir na sua obrigação de prestar o serviço corresponde, ou seja, a realização do exame, seja por seus próprios órgãos, seja através de terceiros mediante convênios.

A indisponibilidade orçamentária não é justificativa plausível para a omissão, pois, o orçamento é feito pelo próprio Estado, que tem o dever de fazer a dotação necessária.

A decisão mandamental não viola o devido processo legal e encontra apoio na doutrina, como visto acima, bem como na legislação. O fato de o Estado ser terceiro não impede que seja determinada uma medida a ser por ele cumprida, assim como na ação de exibição de documento ou coisa, o terceiro pode ser compelido a exhibi-lo(a), estando em seu poder.

Trata-se de produção de prova, que a ninguém é dado obstaculizá-la, ao contrário, todos têm o dever de colaborar com a Justiça. No caso, o Estado, em relação às despesas do processo que tenha como parte pessoa carente, tem a obrigação de custeá-las, assim como o terceiro que detenha a coisa ou o documento tem a obrigação de exhibi-lo no processo para

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 257.

este fim.

A decisão mandamental nesta hipótese encontra apoio também no artigo 461 do Código de Processo Civil. Nota-se que a preocupação da referida norma é com a efetividade da decisão judicial, por isso autoriza o juiz a conceder a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A tutela específica para a parte que necessita da prova pericial consistente no exame de DNA é a realização desse exame. A ordem emitida para que o Estado indique o laboratório próprio ou conveniado ou faça o depósito do valor correspondente, configura a tutela específica, que não é a principal no processo, pois, esta é a declaração acerca da paternidade ou da maternidade, e se relaciona com o investigado; enquanto aquela é tutela meio para alcançar a principal e é devida por terceiro, no caso, o Estado.

O resultado prático equivalente, na hipótese sob análise, é a requisição de pequeno valor para efetuar o pagamento do exame, ou seja, o juiz ingressa no patrimônio do devedor e de lá retira a quantia suficiente para pagar o que ele deveria ter pago voluntariamente.

Todas as medidas judiciais acima apontadas encontram apoio nas normas infraconstitucionais, que estão em consonância com a garantia constitucional de acesso à justiça, que integra o rol dos direitos fundamentais. A rigor, para alcançar a justiça nem precisaria que a medida judicial adotada estivesse em plena sintonia com as regras, bastando que atendesse ao norte estabelecido pelos princípios constitucionais, sobretudo os que dizem respeito aos direitos fundamentais. Neste sentido destaca-se a lição do Professor João Baptista Herkenhoff:

A norma é apenas a linha de referência, o núcleo central do ordenamento jurídico. Não se desprezará esse núcleo, como matéria prima do labor sistematizador do cientista do Direito. Mantido esse núcleo central, são, entretanto, amplíssimas as possibilidades valorativas e criativas do juiz.⁸²

⁸² HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*, p. 93.

Ainda que não houvesse qualquer lei respaldando medidas judiciais para concretizar o exercício do direito de produzir prova pericial às expensas do Estado, na ação de investigação de paternidade, e que até mesmo a Constituição silenciasse a respeito, elas seriam legítimas, porquanto, sendo um direito vinculado à dignidade humana, está implícito no ordenamento jurídico, como elemento inafastável do Estado Democrático de Direito. É como assevera João Baptista Herkenhoff:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais relevante postulado ético e jurídico. Não há Direito, mas negação do Direito, fora do reconhecimento universal e sem restrições do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Mas ainda que a Constituição não acolhesse esse princípio, ele teria de ser afirmado, especialmente pelos juízes, porque o princípio da dignidade da pessoa humana está acima da Constituição e das leis. Integra aquele elenco de valores que a doutrina chama de metajurídicos.⁸³

Vale salientar que não há de se cogitar de usurpação de função ou de violação ao princípio da separação dos poderes. Esta não pode ser vista sob o mesmo prisma de Montesquieu, que o criou iluminado por uma realidade histórica completamente diferente da que ora vivemos. Discorrendo sobre a relação entre direito e política, sob o enfoque da democracia participativa e da máxima cooperação, o Prof. Hermes Zaneti Júnior, escreveu:

A segunda premissa, no terceiro capítulo da primeira parte, procura dissolver outro engano, a falsa ou falseada separação estanque de poderes e a vedação da atividade política pelo Judiciário, em razão da sua aparente neutralidade como poder, que contamina também os direitos, que são vistos como elementos estranhos à política. Afirma-se: direitos fundamentais são direitos políticos em todas as suas dimensões.⁸⁴

A atividade estatal é atividade política e deve ser executada através de uma de suas funções – executiva, legislativa ou judiciária – a política de garantia de pleno acesso à justiça a todos deve executada pelo Estado através de sua função executiva e jurisdicional, falhando a primeira, esta deve adotar as medidas necessárias para suprir a falha.

⁸³ HERKENHOFF, João Baptista. *Mulheres no banco dos réus: o universo feminino sob o olhar de um juiz*, p. 71.

⁸⁴ ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p.59/60.

2.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DA POLÍTICA PÚBLICA DO ACESSO À JUSTIÇA: CABIMENTO DE ACP PARA GARANTIA DA PROVA PERICIAL DO DNA

Passada a primeira onda do movimento de acesso à justiça, que na concepção de Cappelletti e Garth⁸⁵ foi dedicada ao problema da pobreza como barreira para o acesso à justiça, as atenções voltaram-se para a reorganização do Direito, com a finalidade de atender aos novos interesses do homem, surgidos a partir da evolução social, a exemplo dos interesses coletivos *lato sensu*.

2.2.1 - Interesse

A Justiça existe para resolver conflitos de interesses entre quaisquer pessoas, porém, para acioná-la é preciso ter interesse processual, ou seja, é necessário que a decisão judicial lhe traga proveito direto, em razão de uma previsão normativa. Esse é o interesse jurídico, que se diferencia do interesse *lato sensu*. Repetindo Mancuso, “[...] o interesse jurídico tem, assim, como referencial certo valor inscrito na norma [...]”.⁸⁶

Um morador da região Centro-Oeste do Brasil pode ter interesse em que exista uma praia do outro lado de sua rua, mas não pode com base nele movimentar a justiça com uma demanda diante de ninguém, pois, é um interesse cujo valor não é exigível, não encontra referência na norma. Trata-se de mero desejo desprovido de proteção normativa. O mesmo ocorre com o interesse em que o sol brilhe em

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro & Garth, Bryant, Idem

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*, p. 18.

todos os domingos, em que todas as pessoas tenham a mesma religião etc.

A palavra “interesse” tem várias acepções, variando desde o campo econômico, significando vantagem pecuniária, até o jurídico, passando pelo social. Importa a este estudo tão somente o interesse jurídico, que sempre contém outro interesse, de ordem material.

O sentido do vocábulo “interesse” não se afasta do seu significado etimológico – ser entre – mas transcende sua mera concepção subjetiva dada pela teoria geral do direito – aquilo que satisfaz um desejo humano – para alcançar o significado objetivo dado pela mesma teoria, isto é, a relação entre a pessoa que necessita de algo e o objeto desta necessidade, que pode satisfazê-la. É, portanto, um ser abstrato que está entre eles, o objeto da necessidade e a pessoa que necessita.

Consoante Ferraz, “o interesse é sempre uma relação – e relação de complementaridade – entre uma pessoa (sujeito) e um bem ou valor (objeto)”.⁸⁷ Desta forma, parece claro que, neste sentido, “interesse” se confunde com “direito”.

Comentando o Código de Defesa do Consumidor, que tratou em primeira mão das ações de natureza coletiva, um dos autores de seu anteprojeto, Kazuo Watanabe, esclareceu: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”⁸⁸. Por seu turno, Marcelo Abelha afirma que,

por ficção jurídica, o legislador fez com os interesses ali discriminados fossem equiparados a direitos, permitindo a sua tutela”, continua o autor, afirmando que “essa equiparação tem raízes fincadas na

⁸⁷ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*, p. 60.

⁸⁸ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 819

dificuldade de se definir e separar um instituto do outro; para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição, tais como o direito do ambiente, o direito ao desporto, o direito à saúde, o direito à informação, entre outros direitos sociais que apresentam espectro difuso...]⁸⁹

No sentido de que os termos “interesses” utilizados pelo CDC significa “direitos”, Hermes Zaneti Júnior esclarece que o equívoco do legislador brasileiro decorre da transposição equivocada de expressões utilizadas no direito italiano, como *interessi legittimi*, *interessi diffusi* e *interessi collettivi*, que é apropriada naquele ordenamento, no qual os conflitos resultantes de relações entre particulares e administração pública são julgados por uma justiça administrativa, enquanto os direitos subjetivos são julgados pela justiça civil⁹⁰.

Falando dos direitos ou interesses metaindividuais, preconiza Carlos Henrique Bezerra Leite: “Esse sistema de proteção alcançou, como se verá mais adiante, não apenas os *direitos*, mas, também, os *interesses metaindividuais*. De tal modo que, a clássica distinção entre *direitos* e *interesses*, pelo menos no tocante aos “novos direitos”, deixa de ter relevância para a dogmática jurídica.”⁹¹

Ensina Marcelo Abelha que as expressões não são sinônimas, sendo “direitos” mais ampla que “interesses”, e aplaude o legislador, que utilizou a expressão “direitos ou interesses”, segundo sua opinião, com a qual concordamos, para deixar claro que a lei protege um e outro.⁹²

Alguns direitos alcançam apenas um titular, são individuais, sua realização somente a uma pessoa aproveita. De outro lado, há direitos que têm diversos titulares, são metaindividuais. É a estes direitos que o presente capítulo se dedica.

⁸⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental: parte geral, p. 35.

⁹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes; e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil.: processo coletivo, vol 4, p. 87/91.

⁹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*, p. 50/51.

⁹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 33/34.

2.2.2 - O despontar dos direitos coletivos *lato sensu*

Com efeito, a explosão demográfica, a concentração populacional, o crescimento da indústria, as descobertas científicas, o surgimento da informática etc., trouxeram junto com as facilidades, problemas que afetam ao mesmo tempo inúmeras pessoas, ora determinadas, ora indeterminadas e, às vezes, indetermináveis. Diante desses problemas as pessoas têm direitos, que são coletivos *lato sensu* – difusos, coletivos e individuais homogêneos – conforme sejam suas características, de acordo a classificação dada, em nosso ordenamento, pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se está falando em inexistência anterior destes direitos, mas que não se havia despertado para o fenômeno, talvez pela menor ocorrência.

A Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no século XVII provocou significativa alteração social, fazendo surgir o que chamamos de sociedade de massa ou massificação da sociedade, em que os conflitos coletivos ou de massa somam-se aos individuais, sobrepondo-se a estes.

2.2.3 - A classificação dos direitos

Já vimos que os direitos podem ser individuais ou metaindividuais, também denominados coletivos *lato sensu*, ou seja, os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, o estudo, neste capítulo, volta-se para o significado dessas espécies de direitos. Encontramos a conceituação de cada um deles na Lei 8.078/90 – CDC – segundo a qual, difusos são os direitos transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e, por sua vez, são considerados direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum.

Observa-se que a transindividualidade e a indivisibilidade são características

comuns aos direitos difusos e coletivos, que se diferenciam pela titularidade. Dos primeiros, são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; enquanto os titulares dos coletivos são grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Hermes Zaneti Jr., após observar a necessidade de que a relação jurídica base seja anterior à lesão, conclui que “o elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos”.⁹³

Um mesmo fato pode dar ensejo a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A natureza do direito será verificada na demanda e sua respectiva fundamentação. No clássico exemplo do acidente com o barco “Bateau Mouche”, ocorrido no Rio de Janeiro, pode se constatar com clareza esse fenômeno; sendo difuso o direito verificado na ação proposta pelo Ministério Público, com fundamento no direito à segurança e à vida das pessoas, demandando a interdição da embarcação a fim de evitar novos acidentes; porém, a ação movida pela associação das operadoras de turismo, visando compelir a proprietária do barco a dotá-lo de mais segurança, revela direito coletivo *stricto sensu*; por fim, a ação movida pela agremiação das famílias das vítimas, demandando indenização, funda-se no direito individual homogêneo.

Outro exemplo é o da omissão do Estado em proporcionar os recursos necessários ao exame de DNA como meio de prova pericial na investigação de paternidade. Essa omissão ilícita dá origem pelo menos a) ao direito difuso *stricto sensu* da população de determinado território – Uma Unidade Federativa ou uma Comarca - de que o Estado efetivamente faça a dotação orçamentária necessária ao custeio dos exames; b) ao direito individual homogêneo de grupo de pessoas autoras de ações de investigação de paternidade ou que pretendam ingressar com

a mencionada ação, de terem a mesma despesa custeada pelo Poder Público.

A hipótese “a” acima mencionada configura o direito difuso consoante a doutrina de Hermes Zaneti Jr., também acima citada, porque a relação com a parte contrária se dá com a lesão, portanto, não é anterior a esta.

2.2.3.1 – Direitos difusos

Difuso é o que não tem limites determinados, mas está disperso. No caso dos direitos difusos, suas características podem ser encontradas na própria Lei que os conceituou – Lei 8.078/90 – ou seja, natureza indivisível, titulares indeterminados e ligados por circunstâncias de fato. O direito à despoluição do ar em determinada região é difuso, porquanto, não se pode identificar seus titulares um a um. São titulares desse direito, por exemplo, todos os moradores da região e também os que a freqüentam, bem como os que simplesmente por ela passam, a qualquer tempo, enquanto o ar estiver poluído. Pode-se dizer que também são titulares os que, embora não residam e não freqüentem a região, nela tenham imóveis, que se desvalorizam em razão da má qualidade do ar, os que têm projetos a serem implantados na mesma etc.

Não há relação jurídica base entre os titulares do direito difuso, mas a ligação entre eles decorre de uma circunstância de fato. A indeterminação dos titulares do direito difuso é sua característica subjetiva. São indeterminados os titulares justamente em razão da ausência de relação jurídica base.

A característica objetiva dos direitos difusos é a indivisibilidade do bem jurídico, por conseguinte, tanto a ofensa quanto a tutela alcança a todos os titulares.

Nas palavras de Mancuso, interesses difusos

⁹³ Obra citada, p. 77.

são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).⁹⁴

Trata-se de interesses ou direitos que, por não ter titulares certos, definidos, são de todos. Consoante Lúcia Valle Figueiredo, “a característica fundamental do direito difuso é abrigar o interesse de todos, pelo menos da coletividade como um todo”.⁹⁵

2.2.3.2 – Direitos coletivos

Do conceito dado pela Lei 8.078/90, infere-se que são características do direito coletivo *stricto sensu*: A existência de uma relação jurídica base entre os respectivos titulares ou com a parte contrária; a determinabilidade dos mesmos titulares; e a indivisibilidade do bem jurídico. Esta última, objetiva, ao contrário das duas primeiras que são subjetivas.

Os direitos difusos têm natureza indivisível, o que também ocorre nos direitos coletivos *stricto sensu*; no entanto, nos primeiros os titulares são indeterminados, enquanto no segundo são determináveis coletivamente; por fim, os titulares dos direitos difusos estão ligados entre si por circunstâncias de fato, enquanto nos coletivos *stricto sensu* estão ligados entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Percebe-se que nos direitos difusos não há relação jurídica base entre os respectivos titulares, mas uma circunstância de fato; não há determinação dos seus titulares, nem a divisibilidade do bem jurídico. Nos coletivos *stricto sensu*, há

⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 124/125.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso* In MILARÉ, Édis

uma relação jurídica base, os titulares são determinados ou determináveis, mesmo que grupalmente, porém, o bem jurídico também é indivisível.

2.2.3.3 – Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos estão conceituados na Lei 8.078/90 de forma extremamente vaga, ou seja, como aqueles direitos decorrentes de origem comum. Portanto, o primeiro elemento caracterizador desses direitos é a origem comum, isto é, no mesmo fato ou da mesma fonte. Em segundo lugar, os titulares destes direitos são identificáveis. Por fim, o bem jurídico objeto do direito ou interesse em estudo, é divisível. Registra-se que Caio Márcio Loureiro opina em sentido contrário.⁹⁶

Os direitos individuais homogêneos são, portanto, os que têm a mesma origem, os que provêm do mesmo fato ou emanam da mesma fonte. Essa característica dos direitos em questão dá ao processo que visa sua tutela, a transindividualidade, ou seja, o direito material é individual, no entanto, o direito processual que o tutela é transindividual.

A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem na *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano, é o que preleciona Hermes Zaneti Júnior.⁹⁷ O mesmo autor assevera que essa categoria de direitos, para fins de tutela, “são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução”.⁹⁸

A *mens legis* é facilitar o acesso à justiça e se norteia por uma política de economia processual, como afirma Carlos Henrique Bezerra Leite: “A defesa coletiva de direitos ou interesses individuais homogêneos encerra, na verdade, a

(Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*, p. 346.

⁹⁶ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*, p. 143.

⁹⁷ ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 77.

projeção de um mecanismo que propicia a facilidade do acesso à justiça e, também, de economia processual, porquanto permite que se aglutinem numa única demanda (coletiva) pretensões diversas originadas de uma causa idêntica.”⁹⁹

Para Kazuo Watanabe, sendo de caráter coletivo a pretensão de direito material, coletiva será a ação, inadmitindo-se a repetição de ações individuais, pois, a decisão deverá alcançar uniformemente todos os interessados. “[... as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo, são inadmissíveis por significarem um *bis in idem*...]”.¹⁰⁰

A importância da ação coletiva a exemplo da ação civil pública para proteger os direitos individuais homogêneos é indiscutível, porquanto evita a repetição de ações individuais ou plúrimas em litisconsórcio, bem como evita, em consequência, decisões divergentes e até mesmo contraditórias.

2.2.4 - A tutela dos direitos coletivos

As regras processuais se mostravam inadequadas para a tutela desses direitos, porquanto elaboradas sob olhares voltados para os direitos individuais, sob a influência do liberalismo estatal embora já se vivesse a fase do Estado Social.

Além da inadequação das regras processuais, como as relativas à legitimação, à coisa julgada e à execução; a avalanche de processos decorrentes de um único fato costuma inviabilizar o funcionamento da máquina judicial, já funcionando em

⁹⁸ Obra citada, p. 79.

⁹⁹ *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*, p. 68.

¹⁰⁰ WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. Repro 139, p. 29.

sua capacidade máxima e produzindo aquém do esperado e do necessário, em razão do elevado número de processos em tramitação, dentre outros problemas. Exemplo de fato que ensejou milhares de processos em todo o País, foi a omissão da Caixa Econômica Federal em aplicar a correção monetária no FGTS de todos os trabalhadores sob regime da CLT no País, em decorrência do Plano Collor. Se fosse dado um tratamento coletivo, bastaria um processo, no entanto, os tribunais, passaram anos se ocupando de processos individuais tratando da mesma matéria, com idênticos pedidos, causa de pedir e réu, e proferindo idênticas decisões.

Os problemas de direito coletivo *lato sensu* reclamavam, assim, solução também coletiva, que, portanto, não poderia ser através de processo individual. Algo precisava ser feito, regras precisavam ser alteradas, modificação era reclamada na questão da legitimidade processual, principalmente.

No Brasil, a Lei número 4.717/65 inaugurou a tutela coletiva de direitos, com significativa amplitude, concedendo ao cidadão legitimidade para a defesa do patrimônio público integrado pelos bens nela especificados. Porém, não se mostrou suficiente para responder aos anseios de todos os titulares de direitos coletivos *lato sensu*, ante a limitação de seu objeto – ato do Poder Público – e da legitimação, concedida apenas ao cidadão, individualmente.

Sobre esse *deficit* legislativo, após ressaltar a necessidade de tratamento diferenciado para os direitos coletivos, como forma de assegurar o acesso à justiça, manifestou-se Loureiro, asseverando que

Todavia, não se pode esquecer que antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, desde 1965 a comunidade jurídica já convivia com um instrumento processual de defesa dos interesses difusos, qual seja, a ação popular, regulada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Porém, mesmo assim, continuava o sistema processual estabelecido no modelo clássico de tutela jurisdicional singular.¹⁰¹

Passo mais largo nessa direção, deu o legislador quando editou a Lei número 7.347/85 que instituiu e disciplinou a ação civil pública, corajosa e eficazmente, que, posteriormente, veio a ganhar *status* constitucional. Com efeito, o legislador constituinte inseriu entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção de inquérito civil e da ação civil pública, recepcionando expressamente a Lei 7.347/85.

Consoante Hermes Zaneti Júnior, a tutela coletiva obedece a princípios gerais, que gozam de destaque, sobretudo no momento atual em que o direito constitucional constitui o centro da teoria geral do direito.¹⁰² Destacamos a seguir, alguns dos princípios apontados pelo mencionado autor, fazendo ou citando as observações que parecerem relevantes para nosso estudo.

Sobre o princípio do acesso à justiça e à ordem jurídica justa, Lembra Zaneti que “a própria noção de direitos coletivos nasceu para garantir o acesso à justiça de situações que antes não encontravam guarida no Judiciário”.¹⁰³ Realçando a importância da tutela coletiva para a garantia do acesso à justiça, registra: “Não se pode esquecer, também, a natural propensão das ações coletivas para a tutela, sem custo, dos direitos dos chamados *non abbientes* (*aqueles sem riquezas materiais, os pobres, os carentes*)”.¹⁰⁴

Acerca do princípio do ativismo judicial, que consoante lição de Zaneti, “revela-se também no controle de políticas públicas”¹⁰⁵, não há razão para perplexidade, porquanto se nas ações individuais é o mesmo aceito, com muito mais razão deve sê-lo nas ações coletivas, em que muitos dos interessados sequer participam do processo.

Além de facilitar o acesso à justiça, o processo coletivo implica em economia,

¹⁰¹ LOUREIRO, Caio Márcio. *Idem*, p. 199.

¹⁰² ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 97/98.

¹⁰³ *Idem*, p. 112.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 115.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 124.

contemplando o princípio da economia processual, pois, em um só processo se resolve o que seria preciso milhares de processos em ações individuais. “O processo coletivo atinge a um só tempo os ideais de redução do custo econômico, em materiais e pessoas, bem como o de julgamentos uniformes para um grande número de situações conflituosas (concentrado), atendendo com mais facilidade os elevados propósitos determinados pelo princípio”.¹⁰⁶

No que diz respeito ao princípio da aplicação residual do Código de Processo Civil e sobre o microssistema de tutela jurisdicional coletiva, Zaneti, fazendo referência ao art. 22 da Lei da ação popular, destaca que “o CPC terá, portanto, função meramente residual [...] Não significa mera subsidiariedade (‘naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei’), mas o legislador foi além, estabeleceu como sistema residual o CPC, já que não poderá sequer ocorrer contradição com a ‘natureza específica da ação’”.¹⁰⁷

Referências a outros tantos princípios feitas pelo autor Hermes Zaneti Júnior serão feitas em outras partes deste trabalho.

2.2.4.1 Controle judicial das políticas públicas

Antes de discorrer sobre a ação civil pública, é conveniente que se façam algumas reflexões sobre as políticas públicas e a possibilidade do respectivo controle judicial. É preciso saber se estão elas no âmbito da discricionariedade do administrador ou se sujeitas às normas constitucionais e infraconstitucionais, e, portanto, sob o controle judicial. Deve restar claro, ainda, se este controle conflita ou se compatibiliza com o princípio da separação dos poderes ou, melhor dizendo,

¹⁰⁶ Idem, p. 127.

separação das funções. Por fim, havendo compatibilidade, o passo seguinte é identificar os instrumentos idôneos para que se proceda ao controle.

Vale salientar que se tem por políticas públicas as atuações do Estado para a consecução de seu objetivo, que, no caso do Brasil, é efetivar o Estado Democrático de Direito, o que passa, necessariamente, pela efetivação dos direitos fundamentais.

Este trabalho aborda direitos fundamentais assegurados na Constituição da República, sobretudo o de pleno acesso à justiça, por conseguinte, interessa abordar a questão da omissão estatal no que se relaciona com o cumprimento de normas constitucionais. Nas palavras de Américo Bedê, “Questão relevante ainda é analisar se é possível ao Poder Judiciário determinar que o Estado adote determinadas políticas públicas, quando de sua omissão do cumprimento das normas constitucionais”¹⁰⁸.

Historicamente se passou do liberalismo em que se tinha liberdade para explorar o outro nas relações de trabalho e, portanto, para ignorar direitos fundamentais, à fase do Estado Democrático de Direito, após experimentar o reconhecimento formal daqueles direitos nas declarações de direitos e o constitucionalismo meramente programático.

No Estado Democrático de Direito, pretende-se que os direitos hodiernamente denominados de “direitos de segunda geração”, e que implicam em obrigação de prestação positiva pelo Estado, deixem de ser meras promessas do constituinte, para serem realizações, isto é, para efetivamente serem exercidos por seus titulares. É neste sentido, da proteção e pela efetividade dos direitos fundamentais, que as políticas públicas devem ser adotadas no Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁷ Ob. Cit., p. 135.

¹⁰⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, p. 20.

A elaboração das políticas públicas está a cargo do Poder Legislativo no aspecto da normatização e, principalmente, do Poder Executivo, que as executa e não raro, as cria, inclusive através de iniciativa legislativa. Vigora entre nós o princípio da separação de poderes, o que desperta a indagação sobre a possibilidade do controle judicial das políticas públicas, que, como visto acima, estão a cargo de outros poderes.

É preciso, inicialmente, esclarecer que aquilo que denominamos de “poderes” – executivo, legislativo e judiciário – são, na verdade, funções do Estado. O poder é uno e está sob o comando constitucional. Por conseguinte, toda política contrária às normas ou ao programa constitucional, não decorre de qualquer poder legítimo, pois este se submete à Constituição.

Américo Bedê, após reconhecer, diante do texto inserto no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, uma “profunda ligação entre os direitos fundamentais e a separação de poderes...”¹⁰⁹, afirma: “Verificamos, então, que já está passando da hora da releitura da separação dos poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito”¹¹⁰.

O modelo tradicional de separação de funções não serve à sociedade hodierna, influenciada pela globalização da economia e, conseqüentemente, voltada para os interesses dos grandes grupos, para os quais são, em regra, formuladas as políticas públicas. A função judicial que, neste modelo, limitava plenamente apenas as relações privadas, passa, sob pena de, acometida da doença do descrédito, perecer por desnecessidade, a regular as atividades públicas.

O Estado, em sua função judicial e neste esforço para dar efetividade aos direitos fundamentais, deve dar relevante atenção aos princípios constitucionais, dando a

¹⁰⁹ Idem, p. 39

¹¹⁰ Ibidem

densidade que a norma merecer, sempre com foco no caso concreto.

A separação de funções não pode ser obstáculo nem ao exercício de direitos nem ao exercício de poder do próprio Estado, destacando-se a missão do Poder Judiciário de preservar a Constituição. Na lição de Américo Bedê, “[...a Carta Magna, ao prever que compete ao STF a guarda da Constituição, automaticamente determina que haja mecanismos para o cumprimento dessa missão, não sendo possível invocar a separação de funções como limite (impedimento) ao pleno exercício da missão constitucional do Poder Judiciário”¹¹¹.

Contrapondo a tese da ilegitimidade do juiz para efetuar o controle das políticas públicas, pode-se afirmar sua legitimidade fundada na Constituição, que, por sua vez, decorre da vontade política do povo, atuando através de seus representantes, os legisladores constituintes.

O controle judicial das políticas públicas não retira a legitimidade de qualquer outra função estatal, porquanto, o poder tem bases e limites na Constituição, portanto, todas as funções do Estado devem por ela se guiar, cabendo ao Poder Judiciário, coibir os desvios.

Ada Pellegrini Grinover lembra que “a Lei da ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, c e V, b, da Lei 4.717/65...”.¹¹² Adiante acrescenta: “Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular...”¹¹³. Ao comentar o art. 5º, LXXIII da Constituição, acerca da anulação do ato lesivo à moralidade administrativa, assevera: “Ora, o controle, por via da ação popular, da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado”.¹¹⁴

¹¹¹ Idem, p. 45.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*, Repro 164, p. 10.

¹¹³ Idem, p. 11.

¹¹⁴ Ibidem.

Américo Bedê aborda o tema identificando duas situações que merecem tratamentos diferentes: “a ausência total de qualquer política pública e a prestação insuficiente de políticas públicas por parte do Estado”¹¹⁵, para em seguida afirmar que “[... a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprova o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma”.¹¹⁶

A prestação estatal é um direito e não um mero favor. O Estado não faz favor, cumpre obrigação, por isso que, estando inadimplente pode ser judicialmente compelido a cumpri-la.

Por sua vez, comentando a aplicação do princípio do ativismo judicial nas ações coletivas, Hermes Zaneti Jr. assevera que a despeito de

não ser permitido ao Judiciário a criação ou sindicabilidade de meras diretrizes em políticas públicas, deixadas à conveniência e oportunidade do executivo e do legislador, [...] quando existe um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, que regulamente o campo da escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.¹¹⁷

Américo Bedê cita o exemplo da obrigação do Estado de oferecer o ensino fundamental a todos, consignada no artigo 208, I da Constituição da República, asseverando:

Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do artigo 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o

¹¹⁵ Obra citada, p. 63.

¹¹⁶ Idem, p. 66.

¹¹⁷ ZANETI JR., Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo, p. 125.

Município deve, primeiramente, construir a escola¹¹⁸.

Igual raciocínio poderá ser desenvolvido com relação ao direito fundamental de pleno acesso à justiça, que inclui obviamente o direito de produzir as provas necessárias, independentemente da condição financeira da parte. Portanto, se a parte estiver desprovida de tais recursos, as despesas devem ser arcadas pelo Estado. É o que ocorre com a prova pericial, como o exame de DNA na investigação de paternidade. Assim, omitindo-se o Estado-Administração - função executiva - compete ao Estado-Juiz - função Judiciária - determinar que as despesas com a mencionada prova sejam suportadas por aquele.

O raciocínio acima encontra apoio na doutrina de Ada Pellegrini Grinover assim exposta: “Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”.¹¹⁹ Mais adiante, com apoio na dissertação de Paulo Sérgio Duarte da Costa Júnior, esclarece: “costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros direitos, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica – como a passível de atender o maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos – o saneamento básico, a concessão de assistência social e o acesso à justiça”.¹²⁰

Cumprido ao operador do direito perquirir sobre a existência de limites para o Poder Judiciário determinar o cumprimento das normas constitucionais. Tornou-se conhecido o fenômeno da reserva do possível, que é um limite doutrinariamente estabelecido para a implementação de políticas públicas por determinação judicial. Segundo essa doutrina, o Poder Judiciário não pode determinar que o Estado faça o impossível. A impossibilidade alcança tanto o prisma prático quanto o jurídico. O primeiro consiste na falta ou insuficiência de verba, e o segundo compreende a

¹¹⁸ Obra citada, p. 68.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*, Repro 164, p. 18.

¹²⁰ Idem, p. 18/19.

falta de prévia dotação orçamentária.

Parece óbvio que o Poder Judiciário não possa determinar que a Administração realize algo sem que disponha de recursos financeiros suficientes, não obstante haja previsão constitucional para tal realização. Serve de ilustração a norma constitucional que se extrai do artigo 7º, IV da Constituição, que estabelece as bases para a fixação do salário mínimo a que tem direito o trabalhador, e que segundo cálculo de entidades especializadas, alcança cifra muitas vezes superior ao fixado por lei e pago inclusive pela Administração. Se o Poder Judiciário declarasse inconstitucional a Lei que o fixou e fixasse no patamar consentâneo com o comando constitucional, não seria possível o cumprimento da decisão por insuficiência de verba, principalmente na Previdência Social.

A verificação de possibilidade fática de cumprimento de uma decisão judicial deve ser feita antes da prolação desta. Este fenômeno constitui a teoria da reserva do possível. Entretanto, é preciso observar que essa teoria não serve para justificar o permanente descumprimento da norma constitucional. A insuficiência de recursos não se justifica se estes estão sendo ou foram mal gastos, se as prioridades não foram corretamente estabelecidas. Além disso, na elaboração do orçamento, assim como do plano plurianual, as prestações devidas para o exercício de direitos fundamentais devem ser contempladas, ainda que o integral cumprimento ocorra ao longo de um período que extrapole o do planejamento, ou seja, “[... é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública”¹²¹.

Na hipótese de insuficiência ou ausência de recursos financeiros para viabilizar o exercício de direitos fundamentais, deve o Estado *lato sensu* cuidar para que o orçamento do ano seguinte os contemple. Havendo omissão, o Poder Judiciário, sendo provocado, e demonstrada a necessidade e a urgência, pode determinar a

inclusão da verba necessária.

Não obstante o poder do povo de alterar sua constituição quando entender necessário, há direitos, que por sua importância adquirida na história da respectiva conquista, às vezes à custa de muita luta e até de derramamento de sangue, devem ser preservados. É o que constitui a concepção substancialista da Constituição, segundo a qual, direitos dessa natureza constituem um núcleo substancial, a exemplo do direito da liberdade contrapondo-se à escravidão, e que deve ser preservado nas sucessivas constituições de um país.

O Poder Judiciário tem papel relevante na preservação de tais direitos e, portanto, necessita de instrumentos que garantam sua efetividade. Nas palavras de Américo Bedê, “é claro que de nada adianta uma concepção substancial sem um mecanismo de defesa para eventuais ataques a esse núcleo formador da Constituição. O Poder Judiciário é esse guardião que tem essa árdua missão”¹²².

Tais instrumentos incluem, sem dúvida, os processuais, por isso que, uma Constituição como a nossa, que contempla expressamente significativo rol de direitos fundamentais, clama por alterações das leis processuais, bem como leitura destas à luz da Constituição, haja vista serem concebidas sob outro prisma, por exemplo, o dos conflitos individuais, que, atualmente vêm concorrendo com inúmeros conflitos coletivos, dado o surgimento de muitos direitos subjetivos de igual natureza.

Direitos como à saúde e à educação ultrapassam os limites da individualidade e, portanto, requerem novos mecanismos que garantam sua efetividade. É nesse contexto que surge a ação civil pública como importante instrumento para a efetividade dos mencionados direitos através de políticas públicas, com destaque para o novo papel do Ministério Público, que lhe foi reservado pela própria Constituição. “Verifica-se o cabimento de ação civil pública com o objetivo de

¹²¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, obra citada, p. 74.

¹²² Idem, p. 91.

implantação ou correção de políticas públicas, permitindo que o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas”¹²³.

Aliás, o próprio processo em si, já é visto como direito fundamental. Hodiernamente o direito processual é estudado à luz da constituição. Denominando este fenômeno de “constitucionalização do direito processual” e a respectiva fase, de “neoconstitucionalismo”, Hermes Zaneti Jr. afirma que “o processo deixa de ser um ramo do direito estudado sobre premissas rigorosamente lógicas e técnicas (fase conceitualista) e assume o claro viés do direito fundamental”,¹²⁴ para em seguida lembrar que

Uma das revoluções propostas em 1988 foi justamente a constitucionalização dos direitos coletivos, com a inserção do título sobre os direitos e garantias fundamentais logo no início da Carta e o destaque para os direitos e deveres individuais e coletivos logo no primeiro capítulo. A retirada do adjetivo individual da regra do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a constitucionalização da ação civil pública (art. 129, III), entre outras medidas deixaram fora de dúvida que o constituinte quis assegurar aos direitos coletivos um papel transformador na sociedade brasileira.¹²⁵

Falando sobre ação civil pública, comenta Marcelo Abelha:

[...Remédio diretamente responsável pelo tratamento justo, adequado e democrático dos “direitos da coletividade”; enfim, um exemplo bem sucedido de remédio processual comprometido com a democracia e a cidadania. Como perspectiva de futuro, espera-se que a ação civil pública possa ser um remédio utilizável para controlar as políticas públicas, restringindo a antiga discricionariedade e liberdade do administrador.”¹²⁶

Na atualidade, o juiz tem um papel mais ativo e mais dinâmico no processo, devendo se preocupar com a função social deste, por ser uma exigência da

¹²³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, obra citada, p. 98.

¹²⁴ ZANETI Jr., Hermes. *Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo in O Novo Processo Civil Coletivo*, p. 137

¹²⁵ Idem, p. 138.

¹²⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil*

sociedade hodierna. Assevera Américo Bedê que, “respeitado o contraditório, não há motivo para impedir que o magistrado, ao proferir a sentença, busque a solução mais adequada do ponto de vista constitucional, mesmo que não haja pedido”.¹²⁷ Assim agindo, o magistrado estará atuando sob a diretriz do ativismo judicial.

2.2.5 - A ação civil pública

A Lei da Ação Civil Pública, como ficou conhecida, marcou a onda das reclamadas mudanças de paradigmas processuais, permitindo aos por ela legitimados demandar a reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, causados ao ambiente (à natureza), ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, à ordem econômica e urbanística, à economia popular e a outros interesses difusos ou coletivos.

Importa perquirir quais interesses são tuteláveis pela ação civil pública, tarefa que não apresenta dificuldade ante a explicitação do legislador. São os interesses pela proteção ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; à ordem econômica e da economia popular (Lei 7.347/85, art. 1º e Constituição da República, art. 129, III).

A proteção a tais interesses, direitos e valores, como previsto na Constituição da República, pode ser promovida através das ações para reparação de danos, mas também pode e deve ser feita preventivamente, através de ações com demandas para obter provimento impondo obrigação de fazer ou não fazer. Nesse sentido Bandeira de Mello:

pública (art. 4º da Lei 8.437/92 e artigo 12, 1º, da LACP) in O Novo Processo Civil Coletivo, p.195.

¹²⁷ Idem, p. 102.

A ação civil pública – a que alude o art. 129, III, da Constituição, reportado à competência do Ministério Público para promovê-la – é um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então, para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.¹²⁸

Constitui regra processual básica a de que para acionar a Justiça é preciso ter interesse. O legislador elegeu a demonstração do interesse como uma das condições da ação. Se o autor da ação não demonstrar seu interesse, ou seja, sua necessidade em relação ao objeto da demanda, esta não será apreciada, encerrando-se o processo. Os interesses podem ser individuais ou coletivos *lato sensu*. Estes compreendem os coletivos *stricto sensu*, os difusos e os individuais homogêneos.

A ação civil pública não tutela qualquer interesse, excluindo de seu raio de proteção os individuais não homogêneos e tutelando os coletivos *lato sensu*, isto é, os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, os difusos e os individuais homogêneos.

Não merece crítica a redação do artigo 81, parágrafo único, I, II, III da Lei 8.078/90, no que diz respeito à tutela tanto de interesses quanto de direitos, porquanto o direito implica interesse jurídico. Sem aquele não há este, embora tenham significados diferentes. Nesse contexto, os dois vocábulos têm significados imbricados entre si; quem defende um direito está defendendo um interesse e vice-versa.

Sobre o assunto, discorreu Kazuo Watanabe: “Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a

¹²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 880.

busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.¹²⁹

Embora tenhamos não como sinônimos, é de se reconhecer que a lei quis proteger ambos. Direitos e interesses estão protegidos pela norma.

2.2.5.1 – Barreiras para o acesso à justiça que podem ser removidas pela ação civil pública

Já vimos que a carência de recursos financeiros constitui uma das barreiras para o acesso à justiça. É certo que a assistência judiciária gratuita resolveu em parte esse problema, porém, há certos direitos que são coletivos, e o proveito econômico individual de cada titular é ínfimo diante da complexidade da correspondente ação judicial. Ainda que não seja complexa a ação, dificuldades como o tempo despendido nos contatos com advogado, reunião dos documentos e participação em audiências servem como desestímulo ao titular do direito, dado o pequeno proveito que terá, levando-o a reprimir a demanda.

Esse problema é afastado pela ação civil pública, não só pela redução de custos, quanto pela legitimação para uma só pessoa agir na defesa do interesse grupal, revelando-se um importante instrumento para o acesso à justiça.

Carlos Henrique Bezerra Leite demonstra com clareza didática, o cabimento e a utilidade da ação civil pública na proteção a direitos trabalhistas, com base na integração de normas que formam o sistema:

“[...] do já mencionado sistema integrado (CF, LOMPU, LACP e CDC) de acesso coletivo dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, que é o único, dada a inexistência de legislação específica em matéria laboral, capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela, via ação civil pública trabalhista, de qualquer interesse ou direito metaindividual

¹²⁹ WATANABE, Kazuo...[et. al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª Edição, p. 819.

dos trabalhadores.

2.2.5.2 – Controle da política pública através da ação civil pública

A tripartição de poderes do Estado tal qual estruturado por Montesquieu, entendida hodiernamente como tripartição de funções, implementou o entendimento nas comunidades democráticas, que um Poder não poderia interferir no outro, sob pena de violar o princípio da separação dos mesmos. Ou seja, as funções do Estado seriam exercidas pelos integrantes de cada Órgão delas encarregado, sem a interferência dos demais.

Essa concepção se deu em um momento em que a luta popular era por liberdade, o que passava pelo enfraquecimento do Estado, entendendo-se que a concentração de funções facilitava o totalitarismo. Essa teoria foi incorporada pelo liberalismo e praticada por muito tempo, integrando o texto constitucional de diversas constituições e “declarações de direitos”, como a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789).

Passada a necessidade de reduzir a atuação estatal, estando o poder limitado pela técnica dos pesos e contrapesos resultantes da separação de poderes – melhor seria dizer separação de funções, porque o poder é uno – fatores como a desigualdade social e necessidade de maior eficiência passaram a reclamar mais ações do Estado, não em retorno ao passado tirânico, mas para equilibrar as desigualdades e evitar que os conflitos se transformassem em insurreições.

Assim, a separação absoluta segundo a qual o poder legislativo só praticaria atos gerais, editando regras gerais e abstratas, enquanto o poder executivo atuaria praticando atos especiais em consonância com as regras gerais, relativizou-se para permitir que um poder pratique ato que, a rigor, seria de outro. Por exemplo,

o Poder Executivo legisla, editando medidas provisórias, mesmo que sujeitas ao *referendum* do Poder Legislativo, elabora projetos de leis; Este, administra, nomeando seu próprio quadro de pessoal, licitando, comprando, vendendo etc., julga, através do Senado, nas hipóteses dos artigos 85 e 86 da CRFB.; O Poder Judiciário também elabora projetos de leis e pratica atos de administração.

Dallari, discorrendo sobre o fato de que a evolução da sociedade passou a exigir do Estado atuação incompatível com os modelos da separação de poderes, assevera:

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.¹³⁰

Essa relativização que permite ao Poder Legislativo julgar (CR, art. 85/86); ao Poder Executivo tomar parte no processo legislativo; a todos os poderes praticarem atos de administração; permite também ao Poder Judiciário não só fazer com que os demais poderes cumpram a Constituição e as leis, mas que o Poder Executivo execute as políticas públicas em consonância com as regras e com os princípios constitucionais, limitando sua discricionariedade . Instrumento de destaque nessa tarefa reguladora é, sem dúvida, a ação civil pública.

2.2.5.3 – Cabimento da ação civil pública para garantia da prova pericial (Exame de DNA)

A norma que se extrai do texto inserto no artigo 129, III da Constituição da República, transcende a atribuição de funções ao Ministério Público, para estabelecer que a ação civil pública é instrumento não só para buscar reparação

¹³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 221

pelos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos; mas também para preveni-los, ou seja, para evitar os danos.

Já vimos que o acesso à justiça é uma garantia constitucional, inerente ao Estado Democrático de Direito e à Democracia, constituindo-se em elemento fundamental destes. Acesso à justiça aqui tem acepção ampla, significando o direito de obter do Estado uma resposta justa, adequada e tempestiva para a demanda apresentada. Impossível é essa resposta e, portanto, o acesso à justiça, sem o devido processo legal, que inexistiria sem que se proporcione às partes a produção das provas necessárias.

Neste contexto, a ausência de condições de produção de prova necessária implica em negação de acesso à justiça. Na ação de investigação de paternidade, o exame de DNA, como prova pericial, é quase sempre fundamental para a resposta justa e adequada à demanda. Portanto, a realização do exame de DNA na investigação de paternidade contra o suposto genitor, para fins de alterar o registro de nascimento do investigante, é condição *sine qua nom* de acesso à justiça, devendo, por isso, serem proporcionadas as condições às pessoas carentes, pelo Estado.

O exame tem um custo, que nem sempre pode ser suportado pela parte. O Estado tem a obrigação de, em cumprimento à Constituição, proporcionar à parte necessitada os meios de realização da prova, para isso é preciso dotação orçamentária antecedida de lei disciplinando a matéria. É flagrante o interesse da parte, ainda que em potencial, nas providências estatais acima mencionadas.

A parte na ação de investigação de paternidade tem interesse individual no custeio da prova pericial. As partes nos diversos processos que tramitam em uma comarca ou em um Estado da Federação têm o mesmo interesse, que é individual homogêneo. Os habitantes de um determinado Estado Federado têm o interesse

coletivo em que seja editada a lei disciplinando o custeio do exame de DNA, bem como em que seja incluída a respectiva verba no orçamento.

Na hipótese de omissão do Estado, um dos instrumentos de que pode se valer o titular do interesse é a ação civil pública. Poderá fazê-lo através do Ministério Público com base na norma do artigo 129, III da Constituição e do artigo 1º da Lei 7.347/85. Aquela atribui a este a função de promover “[...] a ação civil pública, para a proteção [...] de outros interesses difusos e coletivos”. Essa norma resolve duas questões ao mesmo tempo, a da proteção e a da legitimidade. Para a proteção de um determinado interesse ou direito, a parte pode requerer a medida que for mais adequada. A norma sob análise explicita o instrumento, que é a ação civil pública, deixando à parte e ao juiz, o requerimento e o deferimento, respectivamente, da técnica que melhor atenda à demanda.

Com efeito, estão também alcançados pela tutela coletiva os interesses individuais homogêneos, de qualquer natureza, relacionados ou não com a condição de consumidores dos lesados. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio de ação civil pública ou coletiva, até porque seria inconstitucional impedir o acesso coletivo à jurisdição.¹³¹

O texto do artigo 1º da Lei 7.347/85 deve ser lido à luz da Constituição, sobretudo do disposto no artigo 129, III, dele extraindo-se a norma que autoriza a ação não só para reparar danos, mas para preveni-los, do contrário, a proteção prevista no art. 129, III da CRFB seria parcial, interpretação que não é permitida.

Importante observar que a ação coletiva tem como principal escopo permitir e facilitar o acesso à justiça, como salienta Hermes Zaneti Jr. ao discorrer sobre o princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva: “Garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV da CF/88), este importante princípio tem uma faceta dupla, ao mesmo tempo que não se pode negar o acesso à justiça aos

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 668.

direitos coletivos novos, já que o art. 1º da LACP é expressamente aberto...]”.¹³²

No caso sob exame, a ação visa justamente uma medida de acesso à justiça, que é viabilizar a produção de prova. Ao deferir uma medida que leve o Estado a cumprir sua obrigação de ofertar à parte carente, meios de provas em processo de investigação de paternidade, em ação civil pública, o magistrado estará viabilizando duplamente o acesso à justiça: Na própria ação civil pública, que tem esta finalidade e que beneficia a todos os interessados, embora movida por uma só pessoa ou órgão, e nas ações individuais de investigação de paternidade, nas quais serão produzidas as provas às expensas do Estado, consoante determinação judicial.

2.2.5.3.1 - Como tratar as situações diferenciadas de cada Estado Federado

No Brasil, os Estados Federados estão tratando o assunto de maneira diferente. As diversas situações existentes exigem medidas diferentes. Há Estados que dispõem de lei disciplinando a realização do exame de DNA para as pessoas carentes, em investigação de paternidade, e Estados que não a têm; Estados como o do Espírito Santo, dispõem da lei, mas não atendem a todos os necessitados, excluindo as pessoas cujos supostos pais são mortos ou desaparecidos e as que não estejam assistidas pela Defensoria Pública; em tese, é possível que haja casos em que o Estado disponha da lei, mas não tenha feito a dotação orçamentária para este fim.

Na hipótese de omissão total, ou seja, o Estado não dispõe de lei prevendo a gratuidade do exame de DNA nas investigações de paternidade; não fez dotação orçamentária para este fim, e não tem qualquer programa neste sentido, várias são as medidas judiciais possíveis: 1) o mandado de segurança coletivo se revela

¹³² Ob. Cit., p. 135/136.

instrumento idôneo para obrigar o Estado a fazer a dotação orçamentária; 2) a ação civil pública pode ser manejada tanto pelo Ministério Público quanto por associações que preencham os requisitos da legitimação, com a mesma finalidade; 3) No plano individual, o mais recomendável é o pedido nos próprios autos para que o juiz determine pela técnica mais adequada, que o Estado custeie a despesa.

Neste capítulo o estudo volta-se para a ação civil pública porque a ela é dedicado, concentrando-se sobretudo nas questões da legitimidade, do interesse a ser defendido, da competência e do pedido.

2.2.5.4 – Legitimidade para agir

A legitimidade ativa para a ação civil pública está prevista no artigo 5º da Lei 7.347/85. Obviamente, não basta a legitimidade, é preciso que as demais condições da ação estejam presentes. Alguns legitimados não terão interesse em determinadas demandas, por serem estranhas a seus objetivos. Nas palavras de Teori Albino Zavascki, “é indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública e seus próprios interesses e objetivos como instituição”.¹³³

De igual modo se manifesta Hermes Zaneti Jr. ao afirmar que “a necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva”,¹³⁴ acrescentando que “a tendência é a consagração legislativa da possibilidade deste controle judicial”.¹³⁵

¹³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 77.

¹³⁴ ZANETI JR., Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 231.

¹³⁵ Idem, p. 232.

Tratando da legitimidade ativa para a ação civil pública, Marcelo Abelha assevera que

a legitimidade prevista é do tipo *coletiva*, porque vários entes a possuem (especificamente previstos na norma); do tipo *exclusiva* porque não precisam de anuência um do outro para proporem a demanda; e, por fim, *taxativa* porque só os entes arrolados na lei é que recebem a atribuição de *representantes adequados* para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.¹³⁶

E sobre a legitimidade do Ministério Público na tutela de interesses individuais homogêneos, o autor refere-se ao artigo 127 da Constituição da República, para proferir a seguinte lição: “[... procurando interpretar o art. 127, ter-se-ia o seguinte: para que o interesse individual seja tutelado pelo *parquet* é mister que seja ou indisponível ou de caráter social. Basta um dos requisitos para que se tenha presente a legitimidade do Ministério Público.”¹³⁷

Prevalece esse entendimento, mas não sem divergência minoritária, que fez surgir três teorias a respeito: Teoria Ampliativa, Teoria Restritiva e Teoria Eclética ou Mista. A primeira identifica na ação coletiva a existência de interesse público, tão somente pelo fato de se tratar de ação coletiva, o que tornaria os direitos por ela tutelados indisponíveis, legitimando a atuação do Ministério Público; Consoante a teoria restritiva inexistente legitimação do Ministério Público nos casos que envolvam litígios que versem sobre direitos individuais homogêneos, em razão da falta de previsão expressa no artigo 129, III da CF/88; segundo a teoria eclética o interesse social relevante que justifique a atuação do Ministério Público deve ser buscado no caso concreto.¹³⁸

Hermes Zaneti Júnior entende “[... correta a tendência dos tribunais de reconhecer a legitimação do Ministério Público quando na tutela de direitos individuais

¹³⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p.69/70.

¹³⁷ Idem, p. 73.

¹³⁸ ZANETI JR., Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo, p.

homogêneos for perceptível o interesse social relevante compatível com as finalidades da instituição”.¹³⁹

Indiscutível é a legitimidade do Ministério Público para ação civil pública visando obrigar o Estado a fazer a dotação orçamentária necessária ao custeio do exame de DNA nas investigações de paternidade. Primeiro, porque essa demanda diz respeito a um interesse ou direito coletivo; segundo, porque se trata de matéria de interesse público; terceiro, porque o direito de investigar a paternidade é indisponível; quarto porque a matéria é afeta aos interesses da criança e do adolescente.

Os titulares do interesse em que o Estado faça dotação orçamentária para custeio das despesas com exame de DNA em ações de investigação de paternidade são todas as pessoas carentes de recursos financeiros, que não tenham o genitor conhecido, por qualquer razão. Entre eles há uma relação jurídica base, que é, em primeiro lugar, a norma constitucional extraída do artigo 5º, XXXV, que garante acesso de todos à justiça. Salienta-se que o direito à produção de provas integra o direito de acesso à justiça. Em segundo lugar, a relação jurídica base se verifica na violação do direito, isto é, no dano decorrente da ilegal omissão do Estado. Nota-se que a relação jurídica base, nestes casos, é com a parte contrária.

Os titulares do interesse em questão são indeterminados, mas são determináveis através da ação de investigação de paternidade. Somente o investigador da paternidade - ou da maternidade – tem direito ao benefício da gratuidade do exame nas amostras de material extraído de seu corpo e dos corpos das demais pessoas envolvidas na investigação. Portanto, não há dificuldade alguma para identificar os titulares do direito ou interesse.

O bem jurídico, que, no caso, é a dotação orçamentária para custeio de perícias

350/351.

¹³⁹ Idem, p. 355.

consistentes em exames de DNA, é indivisível, porquanto, uma vez feita, atende a todos os interessados; enquanto a omissão prejudica a todos.

Verifica-se, pela exposição acima, que se se considerar relação jurídica base a norma constitucional, o direito é coletivo, no entanto, se a considerarmos a lesão, o direito é difuso porque a relação jurídica base não é anterior. Por conseguinte, o Ministério Público tem legitimidade ativa para a ação civil pública cuja demanda seja obrigar o Estado a fazer a dotação orçamentária acima referida, decorrente de suas funções institucionais (CR, art. 129, III).

A legitimação do Ministério Público, nesta hipótese, decorre não só de suas funções atribuídas pela Constituição da República, em seu artigo 129, III, mas também de suas atribuições dadas pelo legislador infraconstitucional, sobretudo, as do artigo 82, I e II do Código de Processo Civil.

As ações de investigação de paternidade podem ter como investigador pessoa natural de qualquer idade, não importando a capacidade, contanto que representado ou assistido conforme o caso. Contudo, a esmagadora maioria das ações dessa natureza, tem como investigador pessoa incapaz. Além disso, a ação de investigação de paternidade diz respeito ao estado da pessoa. Assim, a ação que vise obrigar o Estado a fazer dotação orçamentária para custeio da prova pericial nessas ações, tem como interessados pessoas incapazes e buscam definir o Estado das mesmas, o que exigem a intervenção do Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei. Resta, assim, demonstrada a inafastável legitimidade do Ministério Público nas ações sob análise.

2.2.5.4.1 - A matéria no Estatuto da Criança e do Adolescente

Investigante da paternidade pode ser pessoa de qualquer idade, porém, as máximas de experiência nos mostram que, em regra é criança; alguns poucos

investigantes são adolescentes, mas a esmagadora maioria é de crianças. Assim, o interesse em que o exame de DNA seja custeado pelo Estado é um interesse vinculado à criança e ao adolescente. Trata-se de garantir a estes o acesso à justiça.

O Estatuto da Criança e do Adolescente editado em decorrência de comando constitucional que estabeleceu prioridade na proteção dos interesses da criança e do adolescente, e reconheceu direitos especiais destes, que, nas palavras de Flávia Piovesan, decorrem de sua peculiar condição de ser humano em formação.¹⁴⁰

Dispõe o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - em seu artigo 201, V, que compete ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”. No inciso VII do mesmo artigo, a Lei atribui ao Ministério Público a função de “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Outrossim, o ECA, em seu artigo 210, estabelece que “para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público”.

Percebe-se que a competência do Ministério Público para propor ação visando obrigar o Estado a custear o exame de DNA nas investigações de paternidade, seja qual for a demanda apresentada, decorre de vários dispositivos legais.

A legitimação Ministerial não afasta outras, como a de associação que preencha todos os requisitos legais. Porém, nas ações movidas por estas, o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, como acima demonstrado.

2.2.5.5 – O interesse a ser defendido

O interesse ou direito defendido na ação civil pública que vise obrigar o Estado a fazer dotação orçamentária para custeio de exame de DNA como prova pericial em ações de investigação de paternidade, como já dito acima, é o coletivo *lato sensu*. Na demanda em questão, todos os elementos do mencionado interesse estabelecido pela Lei 8.078/90 estão presentes, quais sejam: existência de uma relação jurídica base entre os respectivos titulares ou com a parte contrária – anterior ou posterior, conforme se entenda que a mesma reside na norma constitucional ou na lesão causada pela omissão estatal; a determinabilidade dos mesmos titulares; e a indivisibilidade do bem jurídico.

2.2.5.6 - A competência

Vários são os critérios que definem a competência; o primeiro deles, o da soberania, não tem aplicação no caso, pois, a ação civil pública para adoção de políticas públicas, especificamente para obter acesso à justiça, não envolve competência internacional. No âmbito interno, o primeiro critério é o territorial, assim leciona Luiz Fux.¹⁴¹ Neste caso, a própria Lei da ação civil pública estabelece que é no foro do local onde ocorreu o dano – leia-se: ou onde deveria ocorrer – portanto, desnecessário recorrer ao CPC, pois a lei especial já estabelece a regra. Vale salientar que não obstante a lei se referir a local – território – a competência, excepcionalmente é absoluta, porquanto, a lei acrescentou o termo “funcional”, que não deixa dúvida quanto ao caráter absoluto da competência. Esta é também a opinião de Marcelo Abelha:

À primeira vista, como se trata de competência *ratione loci*, não

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 283.

¹⁴¹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 85.

haveria dúvidas em se admitir que estaríamos diante de uma competência territorial.

Entretanto, o texto legal não perde tempo nem deixa que se tenha esse devaneio, esclarecendo que se trata de competência do tipo *funcional*. Na verdade, pensamos, o texto legal foi incisivo ao dizer “do tipo absoluta”, para rechaçar expressamente qualquer tentativa de interpretação que dissesse ser a competência da ACP territorial e, com isso, de natureza relativa.¹⁴²

Consoante regra do artigo 2º da Lei 7.347/85, portanto, a competência é do foro do local onde ocorrer o dano. Esta última expressão “onde ocorrer o dano” deve ser lida como “ocorrer ou dever ocorrer o dano”, pois, a ação pode ser preventiva. Com efeito, em todas as comarcas há ações de investigação de paternidade e pessoas necessitando produzir prova pericial nos processos a ela relativos. Apesar de não haver feito pesquisa de campo, as máximas de experiência nos permitem afirmar que não há comarca em que não haja ação de investigação de paternidade em andamento. Onde quer que haja investigação de paternidade em cujo processo o investigador esteja impossibilitado de produzir prova em razão da carência de recursos financeiros, há dano.

Sob esse aspecto, qualquer foro dentro do Estado Federado é competente para processar e julgar a causa. Porém, muitas comarcas são dotadas de mais de uma vara, o que nos conduz a investigar qual delas é a competente para a ação sob análise.

Já vimos, com relação à Justiça, competente é a comum, estadual, por um de seus juízos, não há motivo para divergência quanto a isso. O foro, também já vimos, é qualquer um daqueles em que houver ação de investigação de paternidade em que o investigador seja carente de recursos financeiros e necessite produzir prova pericial (exame de DNA). Importa, porém, perquirir qual juízo é o competente para conhecer da ação civil pública com escopo de obrigar o Estado a fazer a dotação orçamentária necessária ao custeio do exame de DNA nas investigações de paternidade, obviamente quando houver pluralidade.

¹⁴² RODRIGUES, Marcel Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 129.

O critério a ser utilizado neste caso, em primeiro lugar, é o da especialidade. Há no caso, matéria afeta à Fazenda Pública, haja vista o pedido de que o Estado destine quantia em dinheiro para despesas processuais de pessoas carentes; há também matéria afeta ao direito de família, uma vez que a despesa a ser paga pelo Estado – objeto do pedido – refere-se a processo de investigação de paternidade; por fim, trata-se também de matéria relativa à infância e juventude, porquanto o interesse predominante a ser protegido pelo Estado, nas ações cujas despesas serão pagas com a verba objeto do pedido na ação civil pública, é de crianças e adolescentes, majoritariamente.

Não obstante o inegável interesse de crianças e adolescentes em jogo, e da indiscutível relação entre os beneficiados e o direito de família, a competência para a ação civil pública deve ser definida com base na matéria nela contida. No caso, sem dúvida, diz respeito à Fazenda Pública, devendo o processo tramitar por uma das Varas com essa competência. Havendo mais de uma, o critério de escolha será o da distribuição ou da prevenção, conforme o caso.

Questionamento que há de ser feito é o que diz respeito ao alcance da sentença. Produzirá ela efeito sobre todos os jurisdicionados do Estado Federado em que foi proferida, ou somente no âmbito da respectiva Comarca? A resposta não é simples como faz presumir a atual redação do artigo 16 da lei 7.347/85, dada pela Lei 9.494/97, *verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Não obstante a inexistência de revogação expressa, houve derrogação tácita da Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 16, de forma que a questão da coisa julgada e portanto, do alcance da eficácia da sentença, passou a ser regida pela

regra geral estabelecida no Código de Processo Civil.

A inferência acima revela-se a partir das novas alterações sofridas pela Lei no que diz respeito à prevenção, especificamente a regra estabelecida no parágrafo único do artigo 2º, criado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, *verbis*:

A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Ora, partindo-se do princípio hermenêutico de que a lei não conterà disposição inútil, haveremos de afastar a interpretação de que a norma refira-se à hipótese de mais de uma ação dentro da mesma comarca, porquanto, tal hipótese já estava contemplada pela regra do artigo 106 do Código de Processo Civil. Portanto, a regra do parágrafo único do artigo 2º da Lei 7.347/85 diz respeito à pluralidade de ações semelhantes em diferentes comarcas.

A regra do parágrafo único do artigo 2º da Lei 7.347/85 é indiscutivelmente incompatível com a do artigo 16 da mesma Lei, pois, estando prevento para determinada ação civil pública iniciada em comarca diversa, a sentença que for proferida alcançará obrigatoriamente os titulares do respectivo direito em todas as comarcas abrangidas.

Sabendo-se que o conflito de normas é apenas aparente, porquanto, a incompatibilidade entre elas sempre afasta uma delas do ordenamento, o que se tem de fazer é perquirir qual foi afastada e qual permanece em vigor. Ambas estão inseridas na mesma lei, por conseguinte, o primeiro critério, o da anterioridade, resolve a questão. Com efeito, a lei posterior revoga a anterior. A Medida Provisória - que tem força de lei – nº 2.180-35 de 2001 é posterior à Lei 9.494/97. Havendo aquela criado a norma que se extrai do parágrafo único do artigo 2º da Lei 7.347/85, e esta criado a norma contida no artigo 16 da mesma Lei, conclui-se que este se encontra revogado na parte conflitante que é justamente a do alcance da coisa julgada material.

Aliás, não poderia ser diferente, pois, os direitos difusos coletivos – a qualquer tempo – e os individuais homogêneos - até a liquidação da sentença – são indivisíveis, como já vimos. Assim Marcelo Abelha expressou sua opinião acerca das limitações à coisa julgada impostas pelo artigo 16: “Essa foi uma maneira nefasta de fragmentar as ações coletivas difusas e coletivas, cindindo o incindível”.¹⁴³ Adiante, o mesmo autor, observa:

ou a regra aplica-se apenas aos casos de ações conexas propostas na mesma comarca ou na mesma região, para não entrar em choque com o art. 16, que circunscreve os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada aos limites da competência territorial, ou então conclui-se que a regra do art. 2º, parágrafo único, aplica-se *tout court*, e está tacitamente revogado e inválido, também por mais este motivo, o art. 16 já citado.¹⁴⁴

Ademais, a coisa julgada material não pode sofrer qualquer limite territorial em ações de natureza coletiva, haja vista a indivisibilidade de seu objeto. Aliás, na opinião de Kazuo Watanabe, isso ocorre mesmo quando a demanda tenha sido apresentada em juízo como se fosse individual, haja vista que sua natureza não se altera pela vontade das partes. O autor ilustra seu pensamento com o seguinte exemplo:

Uma ação de anulação de deliberação assemblear de uma sociedade anônima, que veicula matéria de ordem geral, e não uma questão de interesse específico de algum acionista, será uma ação de alcance coletivo, mesmo que proposta por apenas um ou alguns de seus acionistas, e a respectiva sentença, sendo acolhedora da demanda, beneficiará necessariamente a totalidade dos acionistas.¹⁴⁵

Seria incompreensível que a verba para custear despesas com exame de DNA em investigações de paternidade, incluída no orçamento de determinado Estado por força de sentença, somente fosse disponibilizada para os titulares do direito que habitasse em determinada comarca. Como também não seria compreensível que,

¹⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 136.

¹⁴⁴ Idem, p. 138.

¹⁴⁵ WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais* in REPRO 139, p. 29.

os demais necessitados do mesmo Estado, para ter acesso ao exame gratuito, tivesse que demandar no juízo prevento. Salienta-se que não há na Lei limite temporal para a prevenção. Sobre isso, temos a lição de Marcelo Abelha:

Quando se diz *posteriormente intentadas* o texto não faz nenhuma restrição ou limitação quanto à duração da prevenção, motivo pelo qual pugnamos pela hipótese de que, mesmo depois de finda uma relação jurídica processual, as que lhes forem conexas e posteriores deverão ser processadas e julgadas pelo juízo prevento, em razão da conexão.

Como as normas extraídas do artigo 16 e do parágrafo único do artigo 2º são inconciliáveis, não resta outra alternativa senão considerar aquela revogada, pois, a interpretação desta última como sendo aplicável em casos de ações conexas na mesma comarca não é possível porquanto já existe regra – CPC, 106 – disciplinando a prevenção nestas hipóteses.

2.2.5.7 - O pedido

Acima, ainda que superficialmente, falamos sobre o pedido. Se a ação tem por escopo fazer com que o Estado inclua em seu orçamento, verba para custear as despesas com o exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, o pedido principal não deve ser outro senão o de que ele seja compelido a fazê-lo. Trata-se, assim, de obrigação de fazer, que, portanto, deve ser imposta sob pena de multa, com função coercitiva.

É dado ao autor da ação cumular pedido, como, por exemplo, com o de que o Estado passe a prestar o serviço a partir de determinada data, ou de que preste o serviço independente de a parte estar assistida pela Defensoria Pública.

PARTE III

ESTUDO DAS DISCIPLINAS LEGAIS PREVISTAS NOS DIVERSOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

Das vinte e seis unidades da Federação, apenas sete têm lei disciplinando a realização de exame de DNA às expensas do Estado, são: Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

As demais, inclusive o Distrito Federal, estão, por enquanto, se omitindo e, conseqüentemente, negando acesso à justiça aos que necessitam investigar a paternidade ou a maternidade e não dispõem de meio de prova diverso do exame de DNA. Considerando-se que a quase totalidade das investigações de paternidade são feitas por criança ou adolescente, o que é possível constatar a partir das nossas máximas de experiência, o ente político que não oferece as condições de realização da prova, além de negar acesso à justiça, está negligenciando proteção aos mesmos, em flagrante violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Constituição.

Todos têm direito de acesso à justiça, porém, a criança e adolescente, por força de lei – Estatuto da Criança e do Adolescente – têm prioridade. Assim, dentre os direitos fundamentais assegurados na Constituição da República, inclusive o de

acesso à justiça, devem ser protegidos com prioridade os que tiverem por titular, criança ou adolescente. Este é o caso do exame de DNA como meio de prova em investigação de paternidade.

A existência de lei estadual das Unidades Federativas acima, prevendo e disciplinando a gratuidade do exame não significa que as mesmas estejam cumprindo integralmente a Constituição e a lei. Significa, porém, que o ente político deu passo importante, iniciou o cumprimento da lei, mas, como se demonstrará adiante, o cumprimento é parcial.

1. O ESTADO DO AMAZONAS

O legislador amazonense, em 2004, editou a Lei número 50, prevendo a realização do exame de DNA visando determinar a paternidade ou maternidade, atendendo a interesses de pessoas reconhecidamente carentes, às expensas do Estado, dependendo de determinação judicial.

Porém, ante os critérios estabelecidos no artigo 2º, incisos I, III e IV, bem como em razão do prazo de sessenta dias para que Poder Executivo a regulamentasse, a Lei teve sua constitucionalidade questionada pelo Governador do Estado, no Supremo Tribunal Federal.

Os incisos do art. 2º, cuja inconstitucionalidade foi alegada, estabelecem como requisitos para que o Estado custeie as despesas do exame, que: a) o Juiz do processo decida sobre a gratuidade ou não em definitivo; b) O investigado não seja sucumbente na ação investigatória proposta pelo Ministério Público e que tenha como suporte o resultado positivo do exame de DNA; e, assina o prazo de dez dias para o ressarcimento das despesas feitas pelo Estado, quando determinado judicialmente.

Outrossim foi alegada inconstitucionalidade formal da Lei por vício de iniciativa e a inconstitucionalidade da expressão “no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação”, contida na parte final do caput do art. 3º, todos da Lei 50/2004; A decisão do STF encontra-se expressa na ementa a seguir transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "E", E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL .

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil ---matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes.

2. Reconhecimento, pelas Turmas desta Corte, da obrigatoriedade do custeio do exame de DNA pelo Estado-membro, em favor de hipossuficientes.

3. O custeio do exame pericial da justiça gratuita viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no artigo 5º, inciso LXXIV, da CB/88.

4. O disposto no inciso I consubstancia matéria de índole processual --- concessão definitiva do benefício à assistência judiciária gratuita --- tema a ser disciplinado pela União.

5. Inconstitucionalidade do inciso III do artigo 2º que estabelece a perda do direito à assistência judiciária gratuita do sucumbente na ação investigatória que tenha sido proposta pelo Ministério Público e que tenha como suporte o resultado positivo do exame de DNA. Violação do disposto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição de 1.988.

6. Fixação de prazo para cumprimento da decisão judicial que determinar o ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 2º.

7. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar

inconstitucionais os incisos I, III e IV, do artigo 2º, bem como a expressão "no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação", constante do caput do artigo 3º da Lei n. 50/04 do Estado do Amazonas.

Observa-se que o STF considerou que a lei atacada não cria ou estrutura órgão da Administração Pública local; entendeu também que é dever do Estado-membro o custeio do exame pericial de DNA quando a parte for beneficiária da justiça gratuita nos termos da Lei 1.060/50, art. 3º, o que é necessário ao efetivo exercício do direito à assistência judiciária, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República.

De outro lado, o STF entendeu que há incompatibilidade entre os demais incisos desse art. 2º e o texto constitucional, porquanto o inciso I usurpava a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CR, art. 22, I), e violaria a norma do art. 5º, LXXIV, da CRFB, pois, a parte que não tivesse direito à gratuidade em determinado momento ficaria impedida de pleitear o benefício posteriormente.

Consoante entendimento do STF, o inciso III daquele mesmo artigo também violaria o art. 5º, LXXIV, da CRFB, por retirar o direito à assistência judiciária gratuita do sucumbente na ação investigatória proposta pelo Ministério Público e em que o resultado do exame de DNA fosse positivo.

A inconstitucionalidade do inciso IV do mencionado art. 2º teria como razão, constituir matéria processual, pois, ao impor prazo para o cumprimento da decisão judicial que determinar o ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado-membro, a norma afastaria a incidência de outras normas que tratam do efeito suspensivo dos recursos e sobre a execução das decisões judiciais.

2. O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Através da Lei número 5365, o Estado do Espírito Santo, em 1996, foi autorizado

a custear as despesas de exame de DNA para instruir processos de reconhecimento de paternidade ou de maternidade. O artigo 1º da mencionada lei permite uma amplitude de atendimento, contemplando, na expressão “reconhecimento”, as averiguações oficiosas, além de contemplar expressamente os que pleiteiam o reconhecimento da maternidade. O texto do mencionado dispositivo é: “Fica o Poder Executivo autorizado a realizar exame de Código Genético de D.N.A. - Ácido Desoxirribonucléico - para instruir processos de reconhecimento de paternidade ou de maternidade”.

A gratuidade do exame beneficia as pessoas reconhecidamente necessitadas, assim consideradas aquelas mencionadas no parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal 1.060/50. É o que dispõe o art. 2º da Lei Estadual 5.365/96.

A referida Lei exige que haja determinação judicial do exame, o que é razoável, evitando solicitações diretas dos interessados, que poderiam não produzir efeito nenhum.

O artigo 3º autoriza o Estado a firmar convênios; contratar pessoa jurídica para a execução dos exames previstos no artigo 2º, na forma da Lei de licitações; e destinar verbas para implantação de um laboratório especializado na realização do exame.

Por fim, o artigo 5º assina o prazo de 90 dias para o Poder Executivo regulamentar a Lei, o que foi feito pelo Decreto Normativo número 4.530/99.

Posteriormente, mais precisamente em 12/04/2002, foi publicada a Lei Estadual 7.127/02, disciplinando a realização do exame de identificação humana através do DNA, no Estado do Espírito Santo, não só para fins de investigação de paternidade como também para investigação criminal.

Esta Lei aborda as questões técnicas da coleta das amostras e da realização do

exame, conceitua investigação de paternidade, investigação criminal e o próprio DNA; bem como permite o exame sem que exista processo. É o que se infere a *contrario sensu* da leitura do texto inserto no artigo 8º:

O laudo deverá ser apresentado de forma clara contendo a identificação das partes envolvidas, data da coleta, número do processo e Vara (em casos judiciais), metodologia utilizada descrita, marcadores utilizados, índice de paternidade, probabilidade de paternidade e poder de exclusão. O laudo deverá ser assinado pelo perito responsável.

Com efeito, a expressão entre parênteses “em casos judiciais”, indica a possibilidade do exame extrajudicialmente e, se é possível realizá-lo extrajudicialmente, com muito maior razão deve sê-lo nas averiguações oficiosas.

A gratuidade do exame, porém, é tratada pelo Decreto 4.530-N de 1999, que atribuiu à Defensoria Pública Geral do Estado a responsabilidade pela realização do exame. O artigo 2º do referido Decreto, repetindo o texto da Lei, dispõe que os exames serão realizados gratuitamente em benefício das pessoas que se enquadrarem no artigo 2º da Lei 1.060/50, porém, acrescenta “e que estejam sob a assistência da Defensoria Pública”. Esse acréscimo constitui requisito ilegal, pois, o Decreto deve se limitar a regulamentar a lei e não criar nova norma. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o Decreto regulamentar “é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação”.¹⁴⁶

Mais incisiva é a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello que ao conceituar o regulamento, assevera que o mesmo é “expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”¹⁴⁷. E citando Oswaldo Bandeira de Mello, acrescenta: “só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 162.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 315.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Idem*, p. 316.

Vale lembrar que consoante o princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, II, da Constituição da República, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, decreto não limita a liberdade de ninguém, sendo inconstitucional o dispositivo que contiver norma neste sentido, em decreto regulamentar, como o do artigo 2º do Decreto 4.530-N, editado pelo Poder Executivo do Espírito Santo, em novembro de 1999, que pretendeu restringir o acesso das partes não assistidas pela Defensoria Pública, à prova pericial consistente no exame de DNA.

No artigo 3º, o referido Decreto estabelece que os exames serão requisitados pelo juízo em que tramita o processo de investigação de paternidade ou de maternidade à Defensoria Pública do Estado. A expressão “processo de investigação de paternidade ou de maternidade” deve ser interpretada extensivamente para alcançar os procedimentos judiciais de averiguações oficiosas, como permitiu a Lei, consoante comentário acima.

3. O ESTADO DO MATO GROSSO

Através da lei número 7.863/02, o Estado do Mato Grosso disciplinou a realização do exame de DNA nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado. O preâmbulo da Lei indica que o exame pode ser para fins probatórios em qualquer espécie de processo, contanto que a ação seja patrocinada pela Defensoria Pública. O patrocínio previsto na Lei deve ser entendido como assistência da Defensoria Pública a qualquer das partes.

O requisito da assistência pela Defensoria Pública restringe o direito de acesso à justiça e por isso, é inconstitucional. A parte, por diversas razões, pode estar assistida por advogado constituído ou dativo, e não ter condição de pagar as despesas da perícia. Seu advogado pode ser, por exemplo, um membro da família, que esteja cobrando preço módico ou nem esteja cobrando honorários. Outro exemplo é o da comarca desprovida, ainda que temporariamente de

defensor público, estando a parte, assistida por um advogado pago pelo município para suprir a carência da Defensoria, ou ainda, advogado nomeado pela OAB para o fim específico de prestar a assistência à parte. Nestes casos seria extremamente injusto que a parte ficasse privada de produzir a prova porque impedida de usufruir dos recursos públicos a este fim destinados.

Outra exigência da Lei mato-grossense é que o exame seja indispensável como meio de prova. Trata-se de um requisito inócuo, pois, quem aprecia o requerimento de prova é o juiz, que a indeferirá se for desnecessária ou inútil, ou deferirá na hipótese contrária, caso em que não cabe ao Estado-administração questioná-la.

A execução está a cargo da Secretaria de Estado de Saúde consoante estabelece o artigo 1º da mencionada Lei.

4. O ESTADO DE MINAS GERAIS

A Lei Estadual número 12.460/97, de Minas Gerais, determina o pagamento, pelo Estado, das despesas com o exame do ácido desoxirribonucléico - DNA - para investigação de paternidade nos casos que especifica.

Os requisitos estabelecidos no artigo primeiro e seu parágrafo único para que se obtenha a realização do exame às expensas do Estado são: a) o beneficiário seja investigador da paternidade em um processo judicial; b) esse investigador seja reconhecidamente pobre, nos termos da lei em vigor; c) que o exame seja realizado em sangue periférico retirado do trio composto pela mãe, pelo filho e pelo suposto pai.

A Lei exclui expressamente as demais modalidades, restringindo o exame ao trio composto pela mãe, pelo filho e pelo suposto pai, portanto, cumpre parcialmente a

Constituição. Não há razão alguma para tal exclusão. O exame em amostras colhidas em outros parentes do investigante, quando o suposto pai for falecido ou ausente, custa mais, porém, tal previsão deve constar do orçamento, pois, o acesso à justiça não pode ser seletivo, mas proporcionado a todos sem qualquer distinção.

A expressão “sangue periférico” deve ser lida como amostras de material do corpo, pois, também não há razão para que se restrinja o exame às amostras de sangue. Outra expressão restritiva, se interpretada literalmente, é “investigação de paternidade em processos judiciais”, por isso, a ela deve ser dada interpretação extensiva para incluir as averiguações oficiosas, quando a criança, representada pela mãe, e o suposto pai estão de acordo em realizar o exame de DNA para, sendo positivo o resultado, este reconhecer espontaneamente a paternidade. Trata-se de medida preventiva, evitando que o conflito de interesses dê origem a um novo processo de investigação de paternidade, para, só então, o Estado patrocinar o exame.

Reconhecidamente pobre nos termos da lei é quem não tenha condições financeiras de pagar as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família. Em regra, não será necessário provar esta condição, bastando à parte declarar sua condição de pobreza, para obter a gratuidade da justiça, e se a obtiver no processo de investigação de paternidade, deverá o Estado custear também o exame de DNA. Não havendo processo, mas procedimento de averiguação oficiosa, a declaração de pobreza deverá ser prestada nos respectivos autos, perante o juiz competente. A Lei 1060/50, em seu artigo 4º, dispõe que a parte gozará da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Desta forma, o investigante que declarar seu estado de pobreza gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, incluindo a prova pericial.

5. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Estado do Rio de Janeiro, autorizado pela Lei número 2.648/96, oferece aos interessados a possibilidade de realização do exame de DNA em seus próprios laboratórios, gratuitamente, com fins de produzir prova em processo de investigação de paternidade.

Além desse requisito – destinar-se à produção de prova em ação de investigação de paternidade – a Lei exige que o beneficiário seja necessitado, assim reconhecido pela legislação federal em vigor. Portanto, vale o mesmo comentário tecido acima acerca da semelhante lei mineira, ou seja, basta que a parte declare sua pobreza nos autos do processo, requeira e tenha deferida a gratuidade da justiça.

Fez bem o legislador carioca ao permitir que tenha acesso ao serviço o necessitado, assim considerado aquele que a lei federal reconhecer como tal. Não faria sentido o Estado Federado definir quem seja necessitado se a lei federal já o faz.

A expressão “investigação de paternidade” deve ser interpretada extensivamente para alcançar também a investigação de maternidade, bem como o procedimento de averiguação oficiosa visando o reconhecimento da paternidade.

6. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Através da Lei 11.163/98 o legislador do Estado do Rio Grande do Sul o autorizou a estabelecer procedimento visando o custeio do Exame do Código Genético – DNA – através da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente.

Estabeleceu como requisitos: a) que o exame seja meio de prova indispensável; b) a ação seja patrocinada pela Defensoria Pública do Estado. Por fim, determinou que o Poder Executivo regulamentasse a Lei, autorizando-o a celebrar convênios com as instituições de pesquisa para realização do exame, podendo ceder, em contrapartida, servidores com ônus para o órgão de origem.

Assim, como acontece com a lei mato-grossense, o requisito da assistência pela Defensoria Pública, restringe o direito de acesso à justiça e por isso, é inconstitucional. Como dito no comentário a esta Lei, a parte, por diversas razões, pode estar assistida por advogado constituído ou dativo, e não ter condição de pagar as despesas da perícia. Seu advogado pode ser, por exemplo, um membro da família, que esteja cobrando preço módico ou nem esteja cobrando honorários. Outro exemplo é o da comarca desprovida, ainda que temporariamente de defensor público, estando a parte assistida por um advogado pago pelo município para suprir a carência da Defensoria, ou ainda, advogado nomeado pela OAB para o fim específico de prestar a assistência à parte. Nestes casos seria extremamente injusto que a parte ficasse privada de produzir a prova porque impedida de usufruir dos recursos públicos a este fim destinados.

Outra exigência da Lei gaúcha, assim como da mato-grossense, é que o exame seja indispensável como meio de prova. Trata-se de um requisito inócuo, pois, quem aprecia o requerimento de prova é o juiz, que a indeferirá se for desnecessária ou inútil, ou deferirá na hipótese contrária, caso em que não cabe ao Estado questioná-la. Melhor seria que o texto legal fosse “[...] estabelecerá procedimento visando o custeio do Exame do Código Genético – DNA – desde que este se constitua em meio de prova deferido pelo juiz do processo de investigação de paternidade ou em procedimento de averiguação oficiosa”. Assim, não levaria o intérprete a, equivocadamente, pensar que o Poder Executivo pode exercer juízo de valor quanto à necessidade da prova; além disso, possibilitaria aos interessados, em procedimento de averiguação oficiosa a se beneficiarem do exame, evitando novos processos de investigação de paternidade, e,

consequentemente, gastos para o Estado.

A regulamentação é útil para que o Estado estabeleça o procedimento de realização do exame, definindo o órgão que se encarregará da coleta das amostras, os laboratórios que as examinarão, a verba necessária etc.

7. O ESTADO DE SÃO PAULO

No Estado de São Paulo é a Lei 9.934/98 que prevê a realização da prova pericial em estudo às expensas do erário. A Lei paulista assegura a gratuidade para realização do exame do código genético – DNA – às pessoas que comprovem a impossibilidade de pagar as respectivas despesas, quando determinada judicialmente em virtude de investigação de paternidade.

A impossibilidade de pagar as despesas pode ser comprovada, atendendo ao requisito da Lei, com o despacho do juiz, deferindo a gratuidade da justiça. O legislador paulista também restringiu a gratuidade do exame às partes em ação de investigação de paternidade. Deve o texto ser interpretado extensivamente para permitir que a norma alcance também as averiguações oficiosas, evitando novas demandas judiciais com novos gastos para o Estado.

Acertou o legislador paulista ao assinar prazo para o Poder Executivo regulamentar a lei, evitando polêmica quanto à ilegalidade de eventual omissão.

8. AS DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO

Todas as unidades da Federação devem oferecer gratuitamente o exame de DNA aos que dele necessitarem tanto nos procedimentos de averiguação oficiosa visando o reconhecimento da paternidade, quanto nos processos de investigação de paternidade ou maternidade. Na primeira hipótese porque ao Estado compete

proteger os interesses da criança e do adolescente; na segunda, tanto por essa mesma razão, quanto em decorrência da garantia de acesso à justiça a todos indistintamente.

Se uma unidade da Federação deixa de oferecer o serviço de exame de DNA em processo de investigação de paternidade ou de maternidade, não só estará negando proteção à criança e ao adolescente, se um destes for o investigador, como também, estará negando acesso à justiça ao mesmo, pois, sem a possibilidade de produzir prova não há integral acesso à justiça, ou seja, não há acesso à ordem jurídica justa.

Vale salientar que nas ações de investigação de paternidade, tendo como investigador uma criança ou adolescente, em quase cem por cento dos casos, este tem carência de recursos financeiros, pois, o interessado direto é o investigador e não a mãe deste, como pode parecer. É muito rara a hipótese de uma criança ou adolescente ter recursos próprios para pagar as despesas do processo. As que têm, em regra, são reconhecidas pelo pai, de quem advém os recursos, não necessitando de investigar a paternidade, que já é conhecida.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça significa muito mais do que ser admitido em um processo ou em Juízo; exige também um desfecho tempestivo - em tempo razoável - e justo, isto é, consentâneo com os atuais princípios de justiça, o que exige a observância do princípio do devido processo legal. Acesso pleno à justiça significa acesso à Justiça-instituição e à justiça-valor, independentemente da condição social do jurisdicionado.

O devido processo legal não admite discriminação de qualquer das partes e impescinde do contraditório e da ampla defesa, garantias que contemplam a paridade de armas, igualdade de oportunidades, inclusive para produzir provas,

dentre elas a pericial.

A prova necessária a um desfecho justo deve ser produzida conforme a vontade da parte, e não da sua condição financeira. Assim, se a parte interessada não dispõe dos recursos financeiros necessários para pagar as despesas com a produção de determinada prova, compete ao Estado oferecer os meios para produzi-la às suas expensas. Não o fazendo estará negando o acesso à justiça que prometeu a todos ao assumir o monopólio da mesma. Negar acesso à justiça, ainda que por esta via indireta, constitui grave violação da Constituição da República e compromete o Estado de Direito.

A prova pericial é a que se destaca no aspecto do acesso à justiça em razão do seu custo, em regra, fora do alcance da parte pobre. Algumas perícias - médica por exemplo - são feitas pelo Estado através de peritos próprios ou conveniados, outras não, como as avaliatórias. Algumas outras são parcialmente patrocinadas pelo Estado.

Quando a perícia consiste em exame de DNA em ação de investigação de paternidade, a gravidade é maior, porquanto, a impossibilidade de realizá-la em decorrência de falta de dinheiro da parte interessada, atinge vários bens, violando vários princípios constitucionais. Atinge em primeiro lugar, o direito de acesso à justiça; conseqüentemente, viola o direito de o investigante conhecer sua ascendência, violação que, por sua vez, pode alcançar a dignidade da pessoa; não raro, impede que o investigante obtenha a prestação de alimentos na fase que deles mais precisa. Considerando-se que alimentos, nessa acepção, incluem despesas com instrução, sua falta compromete toda a formação da pessoa prejudicada.

As ações de investigação de paternidade aqui referidas não visam, necessariamente, dar ao investigante um pai no sentido que a doutrina hodierna empresta ao termo, isto é, aquele homem que estabelece uma relação de

afetividade com o filho, uma relação paterno-afetiva, consistente em dar amor, carinho, prover a guarda, o sustento e a educação. Mas são aquelas que visam, no mínimo, atribuir ao homem apontado como pai, em regra o genitor, se provada a relação paternal ou biológica, as obrigações dela decorrentes, como a de sustentar o filho, dar-lhe um nome e possibilitar-lhe o exercício dos direitos hereditários quando for o caso.

A maioria das ações de investigação de paternidade tem como investigante uma criança ou um adolescente, o que significa que quando o Estado se omite, deixando de proporcionar os meios de produção da prova pericial, está violando o Estatuto da Criança e do Adolescente e direitos fundamentais destes.

A Lei 1060/50, nessa esteira de entendimento da norma constitucional e infraconstitucional, acrescentou ao artigo 3º, o inciso VI, que incluiu as despesas com o exame de DNA entre aquelas contempladas na assistência judiciária, isentando seu beneficiário. Ocorre que os entes políticos responsáveis pelo custeio destas não adotaram as medidas necessárias para oferecer a todos quantos necessitem produzir tal prova, os respectivos meios, seja através de laboratórios próprios, seja através de conveniados.

As ações de investigação de paternidade tramitam pela Justiça Comum dos Estados e do Distrito Federal, sendo destes entes a obrigação de custear as despesas com o exame de DNA das pessoas carentes.

Até o encerramento deste estudo, somente em sete Unidades Federativas foram encontradas leis disciplinando a questão e permitindo aos seus jurisdicionados carentes a produção da prova pericial – exame de DNA – nos reconhecimentos de paternidade. Quase todas pecam por discriminar alguns jurisdicionados em razão de alguma situação. Esses equívocos do legislador devem ser reparados pelo magistrado. Observa-se que das leis estaduais encontradas apenas nas de São Paulo e do Rio de Janeiro não há discriminação expressa em relação a alguma

situação pessoal.

A fim de afastar as discriminações e permitir o acesso à prova pericial e, portanto, à justiça, os interessados podem lançar mão de diversas ações, como a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, além dos pedidos nos próprios autos da investigação de paternidade, de medidas adequadas para o exercício do direito, como expedição de mandado para que o Estado indique o laboratório que fará o exame às suas expensas; e a decisão declaratória de dívida do Estado em valor correspondente ao do exame, seguida de expedição de requisição de pequeno valor.

A produção de provas em um processo é direito inafastável da parte e integra o princípio do devido processo legal; seu cerceamento constitui falta grave, configurando negativa de acesso à justiça. Se a produção da prova tem custo e a parte não tem recursos financeiros suficientes, o Estado tem a obrigação de proporcionar os meios para que a prova seja realizada. O exame de DNA na investigação de paternidade é um meio de prova que tem um custo significativo para a maioria dos investigantes no Brasil, e que é de grande relevância para o processo, quase imprescindível para a adequada prestação jurisdicional.

A Lei 1.060/50, que disciplina a assistência judiciária gratuita, incluiu as despesas com o exame de DNA entre as contempladas com a referida assistência judiciária, portanto, cada Estado Federado deve fazer dotação orçamentária para este fim, além de editar lei disciplinando a prestação ao jurisdicionado.

Havendo omissão do Estado, o interessado poderá requerer medida judicial visando a compeli-lo a proporcionar-lhe a realização da prova. A medida judicial varia conforme o grau de omissão estatal. Pode ser individual ou coletiva como já visto nas linhas anteriores.

Dada a existência de lei federal incluindo a despesa com o exame de DNA entre

as contempladas pela assistência judiciária gratuita, portanto, entre as que deverão ser suportadas pelo Estado, não cabe mandado de injunção fundado na omissão do Congresso Nacional.

No próprio processo de investigação da paternidade ou da maternidade, o juiz poderá deferir decisão mandamental, aplicando, por analogia, o artigo 360 do Código de Processo Civil, como citar o Estado para indicar o laboratório em que o exame será feito às suas expensas ou depositar o valor correspondente ao preço do exame, em determinado prazo, sob pena de multa. Na hipótese de descumprimento da ordem, o juiz poderá declará-lo devedor da quantia não depositada e expedir a “requisição de pequeno valor” para pagamento da despesa e realização do exame.

O Estado se equipara ao terceiro detentor de coisa ou documento que deve ser exibido em ação para este fim iniciada; e se contra este, que é particular, pode ser prolatada decisão mandamental, com muito mais razão também pode em relação àquele, que não só tem a obrigação de proteção aos administrados, como também de fazer justiça.

Os encarregados de uma função do Estado não podem impedir que os encarregados de outra função do mesmo a exerçam. Aqueles que atuam na função executiva não podem impedir o exercício da função jurisdicional nem o da legislativa. Na hipótese em estudo, o legislador cumprindo sua função legislativa, atribuiu ao Judiciário o papel de prestar a jurisdição, garantindo à parte a apreciação de sua demanda adequadamente, permitindo-lhe a participação no processo, sobretudo produzindo as provas que forem necessárias; e atribuiu ao Administrador – Executivo – a função de oferecer os meios necessários à produção das provas, especificamente a pericial - exame de DNA – gratuitamente.

Qualquer ação ou omissão do Administrador no sentido de impedir a prestação jurisdicional adequada, como deixar de oferecer à parte carente o custeio do exame de DNA na investigação de paternidade, deve ser removida

imediatamente. Estando em trâmite o processo, pode e deve o juiz, nos mesmos autos, determinar a medida necessária para afastar o ato ou a omissão ilícita do próprio Estado, garantindo ao particular a produção da prova necessária à apreciação de sua demanda.

A norma extraída do artigo 461 do Código de Processo Civil, prevendo decisão judicial mandamental, preocupa-se com a efetividade da decisão judicial, por isso, sua interpretação deve levar em conta o espírito da lei. Assim, as medidas devem ser as necessárias, mesmo que relativas a terceiros, contanto que a este seja dada a oportunidade de manifestação.

O processo como instrumento de realização do direito material tem esse alcance, portanto, não admite formalismo que desvincule aquele deste. Para deixar claro este escopo é que, a nosso ver, moderna doutrina deu um novo nome ao fenômeno – formalismo valorativo – que vem sendo bastante divulgado.

A tutela específica, em se tratando de prova pericial consistente no exame de DNA, é a realização desse exame, e se exterioriza na ordem emitida para que o Estado indique o laboratório, ou para que faça o depósito do correspondente preço; em não se obtendo êxito, o juiz declarará o Estado devedor da quantia correspondente, determinará a requisição de pequeno valor e pagará a despesa do exame; esta é a providência que assegura o resultado prático equivalente, no caso.

Todas as medidas judiciais acima apontadas têm fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais, especialmente na garantia constitucional de acesso à justiça, que integra o rol dos direitos fundamentais, no princípio do devido processo legal e na prioridade da proteção aos interesses da criança e do adolescente, embora não fosse necessário, pois, dizem respeito à concretização da dignidade da pessoa humana, através do exercício de direito fundamental, portanto, estão implícitas no próprio ordenamento, em decorrência do Estado

Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARIONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo, RT, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. [et. al.] *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale [et. al.]. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMEJO FILHO, Walter. *Garantia do acesso à justiça in Processo e Constituição*. Coordenação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina. Coimbra. 7ª edição.

CAPPELLETTI, Mauro & Garth, Bryant: *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et alli: *Teoria geral do processo*. 21ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Comentario breve al nuovo codice de procedura penale*. Padova: Cedam, 2000.

CRETELLA Jr., José. *Os writs na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. *A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do código civil e o enunciado nº 301 da súmula da jurisprudência predominante do superior tribunal de justiça*. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), *prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Bento Herculano. *Elementos de teoria geral da prova*. in *Processo civil - aspectos relevantes*. Obra Coletiva, coordenada por Bento Herculano Duarte. São Paul, Ed. Método, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e ascendência genética*. in *Grandes temas da*

atualidade - DNA. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Tradução espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In *A ação civil pública após 20 anos*. Coordenador: Édis Malaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso in A ação civil pública após 20 anos*. Coordenador: Édis Malaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral da prova - aspectos polêmicos*. Salvador: Juspodivm, 2005.

GRECO Filho, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*, Repro 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. Aparecida, SP: Santuário, 1997.

_____. *Gênese dos Direitos Humanos*. Aparecida, SP: Santuário, 2002.

_____. *Ética, educação e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Direitos humanos: uma idéia, muitas vozes*. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1998.

_____. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Mulheres no banco dos réus: o universo feminino sob o olhar de um juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KNIJNIK, Danilo. *Os standarts do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, v. 353.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil Pública na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direito civil aplicado, vol. 5, direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.97 do código civil)* in LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador): *grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral* in LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador), *Grandes temas da atualidade, v. 5, alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos*.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: direitos humanos "versus" exercício da jurisdição*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A falsa presunção constante do art. 232 do código civil* in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), *prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Editora Método, 2004.

MADALENO, Rolf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A presunção relativa na recusa à perícia em DNA* in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), *prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro - direito pós-moderno à descoberta da origem?. in Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZZEI, Rodrigo. *Algumas notas sobre o (dispensável) art. 232 do código civil in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, acp, mandado de injunção, "habeas data", adin, adc e adpf*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI, Hermes Jr.. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*. in *Grandes temas da atualidade - DNA*. Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Anotações sobre o Título 'da prova' do novo código civil in temas de direito processual, 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Julgamento e ônus da prova in temas de direito*

processual, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *La negativa de La parte a someterse a uma pericia médica: según El nuevo Código Civil brasileiro*. REPRO 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*; vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M.. *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra, 2002.

ROBERT, Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Ed. Lael. Madrid, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Elementos de direito processual civil*. vol 2. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (art. 4º da Lei 8.437/92 e artigo 12, '1º, da LACP) in O Novo Processo Civil Coletivo. Obra Coletiva coordenada por Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edipro. São Paulo, 2000.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de*

injunção, habeas data, ação popular (as garantias ativas dos direitos coletivos). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Acertos e desacertos em torno da verdade biológica.* in *Grandes temas da atualidade - DNA.* Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad. Derechos y libertades.* In *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.* Año VII, enero/diciembre, 2002, nº 11.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo, [ET AL.] (organizadores), prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do código civil.* Salvador: Juspodivm, 2006.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 108-252.

TRACHTENBERG, Anete. *O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade - II.* in *Grandes temas da atualidade - DNA.* Obra coletiva, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile, 2. processo di cognizione.* Napoli: Jovene Editore, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direito da criança e do adolescente.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade,* in *Revista da Faculdade de Direito (UFMG), nº 21.* Belo Horizonte, 1979

WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. [et. al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto,* 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais.* Repro 139. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Os direitos individuais homogêneos e o neoprecessualismo in O Novo Processo Civil Coletivo*. Obra Coletiva coordenada por Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ e DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Podivm, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ANEXO - LEIS

Lei Promulgada nº 50/2004 de 02/06/2004

DISPÕE sobre a realização gratuita do exame do ácido desoxirribonucléico - DNA ou teste de paternidade, e dá outras providências.

A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, na forma do que estabelece a alínea “d” do inciso I do artigo 20 da Resolução Legislativa nº 312, de 31 de outubro de 2001 – Regimento Interno – faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

PROMULGADA:

Art. 1º - O Estado do Amazonas viabilizará a realização do exame laboratorial com ácido desoxirribonucléico - DNA ou teste de paternidade e maternidade para atender a interesses de pessoas reconhecidamente carentes.

Art. 2º - O teste de paternidade realizado sob o patrocínio prévio do Estado dependerá de determinação judicial, obedecidos os seguintes critérios:

I - O Juiz do processo decidirá sobre a gratuidade ou não em definitivo;

II - Será reconhecida como carente para os efeitos desta Lei a pessoa que não tiver ganhos suficientes para pagar ou ressarcir ao Estado pelas despesas comprovadamente realizadas, sem prejuízo de seu sustento, de acordo com a Lei nº 1.060/50;

III - Não será concedida a gratuidade quando o investigado for sucumbente na ação investigatória proposta pelo Ministério Público e que tenha como suporte o resultado positivo do exame de DNA.

IV - Será de dez dias o prazo para o cumprimento da decisão judicial que mandar ressarcir as despesas realizadas pelo Estado.

Art. 3º - Fica autorizado o Chefe do Poder Executivo a proceder a regulamentação da presente Lei no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação.

Parágrafo único - Fica credenciado um Órgão Público para o efetivo cumprimento do objeto desta Lei, mediante dotação orçamentária governamental.

Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.



LEI Nº 5 365

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Dispõe sobre a realização de exame de D.N.^a para instruir processos de reconhecimento de paternidade ou de maternidade.

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º- Fica o Poder Executivo autorizado a realizar exame de Código Genético de D.N.^a – Ácido Desoxirribonucleico – para instruir processos de reconhecimento de paternidade ou de maternidade.

Art. 2º- Fica assegurada a realização gratuita dos exames de Código Genético de D.N.^a – Ácido Desoxirribonucleico, de que trata o artigo anterior, às pessoas reconhecidamente necessitadas, assim consideradas aquelas mencionadas no parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal N.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

Parágrafo único– Os exames de Código Genético serão realizados por determinação judicial.

Art. 3º- Para garantir a execução da presente Lei, o Poder Executivo fica autorizado a:

I – Firmar convênios, na forma e nos limites da Lei, com entidades públicas ou privadas, incluídas instituições de ensino superior, a nível estadual ou nacional;

II – Proceder a contratação de pessoa jurídica para a execução dos exames previstos no artigo 2º, na forma da Lei de licitações;

III – Destinar verbas para implantação de um laboratório especializado na realização do exame de Código Genético de D.N.^a – Ácido Desoxirribonucleico.

Art. 4º- As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias consignadas no orçamento anual.

Art. 5º- O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 6º- Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º- Revogam-se as disposições em contrário.

Ordeno, portanto, a todas as autoridades que a cumpram e a façam cumprir como nela se contém.

O Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania faça publicá-la, imprimir e correr.

Palácio Anchieta, em Vitória, 27 de dezembro de 1996.

VITOR BUAIZ
Governador do Estado

PERLY CIPRIANO
Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania

NÉLIO ALMEIDA DOS SANTOS

Secretário de Estado da Saúde
ROGÉRIO SARLO DE MEDEIROS
Secretário de Estado da Fazenda

(D.º 30/12/1996)



LEI Nº 7.127

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Disciplina a realização do exame de identificação humana através de DNA, no Estado do Espírito Santo e dá outras providências.

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I
Das Disposições Preliminares

Art. 1º Os processos de investigação de paternidade e de investigação criminal utilizando exames de identificação humana através do DNA serão disciplinados por esta Lei, respeitada a Legislação Federal pertinente.

§ 1º Nos termos desta Lei, entende-se por DNA, a sigla para caracterizar a molécula do ácido desoxirribonucléico, cuja formação compreende duas cadeias helípticas, constituídas por um açúcar (desoxirribose), um grupo fosfato e uma base nitrogenada (T timina, A adenina, C cistossina ou G guanina). É conhecido também como essência da vida sendo diferente em todos os seres humanos, com exceção de gêmeos univitelinos (idênticos), o que o torna a melhor forma de identificação humana.

§ 2º Entende-se por investigação criminal, utilizando exames de DNA, o procedimento de identificação genética humana de restos biológicos encontrados na cena do crime comparados às informações genéticas de suspeitos.

§ 3º Entende-se por exame de investigação de paternidade por DNA, o exame genético para caracterização de filiação, que pode se dar diretamente, pela análise do material genético do suposto pai, ou indiretamente, pela análise do material genético dos familiares do suposto pai.

Capítulo II

Dos Exames de DNA em Processo Criminal

Art. 2º A valorização da prova obtida por meio de exame de DNA estará condicionada à verificação de todo o processo de obtenção, recolhimento, transporte e armazenagem das amostras obtidas no local do delito.

Parágrafo único. As amostras deverão ser coletadas, acondicionadas e enviadas ao laboratório de análises para realização do exame ou armazenagem, por profissionais qualificados e que possuam o seu material genético previamente analisado.

Art. 3º Os resultados aferidos nos exames de DNA terão publicidade restrita às partes e correrão em segredo de justiça.

Capítulo III

Dos Exames de Investigação de Paternidade

Art. 4º A coleta da amostra deverá ser procedida de uma correta identificação e autorização das partes envolvidas.

§ 1º A identificação das partes deverá ser realizada através do perito responsável pelo caso, profissional este, de nível superior, utilizando-se para isto de documentos de identidade, foto e/ou impressão digital, registrando-se todas

estas informações, incluindo no mínimo o nome, RG (quando possível), local e data de nascimento, relacionamento ou suposto relacionamento familiar entre os indivíduos testados, local e data de coleta. A informação sobre cada indivíduo deve ser ratificada através de sua assinatura ou do responsável.

§ 2º A resposta à indagação sobre Ter recebido transfusão de sangue ou transplante de medula óssea nos três meses precedentes ao teste deverão ser registradas para cada indivíduo testado.

§ 3º Caso uma das partes envolvidas for menor de idade, a autorização de coleta deverá ser assinada pelo responsável legal.

§ 4º A recusa à realização dos exames acarretará as sanções previstas na legislação civil e criminal pertinente.

Art. 5º A amostra utilizada na análise poderá ser sangüínea ou de qualquer outro tecido humano.

§ 1º Cada amostra deverá conter uma identificação que assegure a correta identidade de cada indivíduo testado.

§ 2º A exatidão do processo de identificação deve ser verificada pelo doador das amostras ou responsável, antes das amostras serem retiradas de sua presença. Nas situações em que o doador ou responsável seja incapaz de verificar este processo, uma testemunha deverá fazê-lo.

§ 3º No caso de coletas terceirizadas, o nome do responsável pela coleta da amostra e do responsável pelo recebimento das amostras, deverão constar de um registro permanente.

Art. 6º As amostras deverão ser manuseadas e guardadas de forma a evitar contaminações, adulterações ou substituições.

Art. 7º As amostras deverão se analisadas, empregando sistemas polimórficos do tipo Repetições Curtas em Tandem – STR, os quais são caracterizados mediante a metodologia da reação em Cadeia da Polimerase-PCR.

§ 1º Um mínimo de 12 (doze) marcadores STR deverão ser utilizados nas análises.

§ 2º Esta metodologia poderá ser substituída por futuros avanços científicos, contando que estes sejam cientificamente comprovados e eficazes.

Art. 8º O laudo deverá ser apresentado de forma clara contendo a identificação das partes envolvidas, data da coleta, número do processo e Vara (em casos judiciais), metodologia utilizada descrita, marcadores utilizados, índice

de paternidade, probabilidade de paternidade e poder de exclusão. O laudo deverá ser assinado pelo perito responsável.

§ 1º As frequências gênicas e de haplótipos utilizados nos cálculos matemáticos para determinação de índice de paternidade, probabilidade de paternidade e poder de exclusão, deverão ser obtidas de estudos de populações de tamanho adequado, realizado pelo laboratório ou publicado. Esta informação deverá constar no laudo, ou ser fornecida referência bibliográfica, para que estes cálculos possam ser reproduzidos por outros peritos.

Art. 9º O resultado de exame judicial correrá em segredo de justiça, conforme determina o Código de Processo Civil.

§ 1º O laudo será enviado lacrado para a Vara onde tramita o Processo.

§ 2º Nos casos onde a Defensoria Pública estiver arcando com o valor do teste, respaldado pelo Decreto nº 4.530-N, de 10 de novembro de 1999, uma cópia do laudo deverá ser encaminhada a este órgão.

Art. 10. O resultado do exame não-judicial, deverá ser entregue para ambas as partes envolvidas.

Parágrafo único. O exame realizado extrajudicialmente terá valor jurídico, caso tenha sido realizado conforme preceituam os artigos que compõem este capítulo.

Capítulo IV **Da Realização dos Exames**

Art. 11. Os exames de paternidade e investigação criminal poderão ser realizados por empresas privadas ou órgãos públicos da administração direta.

§ 1º A participação de órgãos públicos na realização destes exames, deve obedecer o equilíbrio econômico, com respeito ao art. 173, § 2º da Constituição Federal.

§ 2º As empresas privadas e os órgãos públicos da administração direta para operarem com exames de investigação de paternidade e criminal devem apresentar os seguintes requisitos:

I – o laboratório deverá estar sob a direção técnica de profissional(s) que esteja(m) legalmente habilitado(s) segundo seus Conselhos Federais Profissionais para exercer a responsabilidade técnica de um laboratório clínico humano e que possua (m) grau de mestre em áreas afins e experiência continuada em estudos de DNA forense por pelo menos três anos e/ou que possuam experiência por pelo menos cinco anos;

II – o laboratório deve participar em programas externos reconhecidos de testes de proficiência em todos os sistemas genéticos relatados pelo laboratório. Na ausência de um programa deste tipo, o laboratório deverá participar de um programa de intercâmbio com outros laboratórios. Os resultados devem ser relatados com a documentação das revisões e das ações corretivas, onde indicado;

III – salas, ambientes e equipamentos adequados devem estar disponíveis;

IV – a entrada de pessoas estranhas no ambiente de trabalho deverá ser anotado em um livro de registro, onde deverão constar necessariamente o nome, data e hora da entrada;

V – a segurança das áreas técnicas dos laboratórios que trabalham com investigação criminal deverão ser reforçadas. As amostras deverão ser armazenadas em local seguro com acesso reduzido e de forma a evitar contaminações, adulterações ou substituições.

Capítulo V

Da Formação do Banco de Dados

(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)

Art. 12. O Poder Executivo criará no âmbito do Estado do Espírito Santo um Banco de Dados Central para armazenar informações de DNA colhidas em processos de origem criminal. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 13. O Banco de Dados armazenará as seguintes informações: **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

I – nome; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

II – data de nascimento; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

III – número da identidade (caso disponível); **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

IV – fotografia; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

V – endereço; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

VI – identificação datiloscópica; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

de 09/12/2002)

VII – crimes cometidos; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

VIII – marcadores genéticos utilizados. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 14. As informações do Banco de Dados ficarão armazenadas por período não inferior a cem anos. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 1º Após o vencimento deste período, estas informações serão armazenadas em meios que permitam acesso, caso haja necessidade. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 2º O armazenamento de dados se dará de forma eletrônica, utilizando um “software” que proporcione segurança e controle de acesso das informações armazenadas. Este sistema poderá se comunicar com outros sistemas de outras polícias que vierem a surgir, visando uma maior interatividade e agilidade na resolução de crimes. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 15. A organização, gerenciamento, utilização e operacionalização do Banco de Dados de DNA no caso exclusivo de processos de investigação criminal, serão de responsabilidade da Secretaria de Estado da Segurança Pública – SESP. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 16. O Banco de Dados de DNA será nutrido com informações oriundas das empresas privadas e dos órgãos públicos da administração direta que forem responsáveis pela execução dos serviços laboratoriais. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo implicará na rescisão do contrato de prestação de serviço, além das demais penalidades legais. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Capítulo VI Dos Subsídios

(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)

Art. 17. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder incentivos fiscais e tributários à iniciativa privada para o custeio e pagamento de despesas na

realização dos exames de DNA e de pesquisas, nas áreas de exames de paternidade e criminal. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 18. A iniciativa privada, contribuinte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação – ICMS, poderá participar do custeio dos exames de DNA através de incentivos fiscais na ordem de até 3% (três por cento) de base de cálculo do ICMS. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 19. O incentivo fiscal e tributário será concedido às empresas que realizarem os exames de DNA ou pesquisas afins em laboratórios cadastrados junto ao Banco de Dados do Estado do Espírito Santo, nos casos de investigação criminal e à Defensoria Pública nos casos de investigação de paternidade. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 1º O laboratório para obter estes recursos financeiros deverá: **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

I – possuir sua sede financeira fiscal sediada no Estado do Espírito Santo; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

II – realizar os exames e pesquisas no Estado do Espírito Santo, promovendo o desenvolvimento científico neste. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 2º As solicitações dos exames de investigação de paternidade serão feitas pelos Juizes de Direito à Defensoria Pública, respeitando os critérios elaborados por esta. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 3º As solicitações dos exames de investigação criminal serão feitas pelos Delegados responsáveis pela investigação à Secretaria de Estado da Segurança Pública – SESP, respeitando os critérios elaborados por esta. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 20. A iniciativa privada que se interessar deve apresentar uma Declaração de Intenção, documento no qual a empresa formaliza sua concordância em apoiar a realização de exames de DNA e pesquisas afins com detalhamento dos valores e da forma de repasse dos recursos ao laboratório. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

§ 1º O repasse se dará diretamente da iniciativa privada para os laboratórios, respeitando os seguintes critérios: **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

I – apresentação de comprovante de realização dos serviços, pelo

laboratório, emitidos pela Defensoria Pública ou Secretaria de Estado da Segurança Pública – SESP; **(promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

II – declaração de habilitação do laboratório emitido pela Defensoria Pública ou Secretaria de Estado da Segurança Pública – SESP. **(Promulgado pela Assembléia no D.º de 09/12/2002)**

Art. 21. O laboratório apresentará à Receita Estadual, um documento relatando as empresas, beneficiadas, bem como o montante repassado

Art. 22. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ordeno, portanto, a todas as autoridades que a cumpram e a façam cumprir como nela se contém.

O Secretário de Estado da Justiça faça publicá-la, imprimir e correr.

Palácio Anchieta, em Vitória, em 10 de dezembro de 2002.

JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA
Governador do Estado

JOÃO CARLOS BATISTA
Secretário de Estado da Justiça

Republicada no D.º de 12/04/2002 por Ter sido publicada com incorreção no D.º 11/04/2002.

LEI Nº 7.863, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2002 - D.O. 19.12.02.

Autor: Poder Executivo

Dispõe sobre a realização do exame de DNA nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO, tendo em vista o que dispõe o art. 42 da Constituição Estadual, sanciona a seguinte lei:

Art. 1º O Estado de Mato Grosso, através da Secretaria de Estado de Saúde, estabelecerá o procedimento visando ao custeio do exame do código genético (DNA), desde que este se faça indispensável como meio de prova em ações patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado.

Art. 2º A Secretaria de Estado de Saúde poderá, para o cumprimento desta lei, celebrar convênios com as instituições de pesquisa que realizarem o referido exame.

Parágrafo único Na celebração dos instrumentos referidos no *caput*, como forma de contrapartida, o Estado poderá ceder servidores com ônus para seus órgãos de origem.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente lei.

Art. 4º As despesas decorrentes desta lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 5º A Secretaria de Estado de Saúde ficará responsável pelo estabelecimento do número de exames mensais que poderão ser custeados na forma desta lei, de acordo com os recursos orçamentários a ela destinados, devendo repassar constantemente essas informações à Defensoria Pública.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio Paiaguás, em Cuiabá, 19 de dezembro de 2002.

as) JOSÉ ROGÉRIO SALLES
Governador do Estado

LEI 12460 1997

DETERMINA O PAGAMENTO, PELO ESTADO, DAS DESPESAS COM O EXAME DO ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO - **DNA** -, PARA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NOS CASOS QUE ESPECIFICA.

Determina o pagamento, pelo Estado, das despesas com o exame do ácido desoxirribonucléico - **DNA** -, para investigação de paternidade nos casos que especifica.

(Vide art. 37 da Lei nº 12727, de 30/12/1997.)

(Vide Lei nº 13314, de 21/9/1999.)

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O Estado arcará com os custos relativos à realização do exame do ácido desoxirribonucléico - **DNA** - para a investigação de paternidade nos processos judiciais em que o investigador for reconhecidamente pobre, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único - O benefício de que trata este artigo

restringe-se ao exame realizado em sangue periférico retirado do trio composto pela mãe, pelo filho e pelo suposto pai, excluídas as demais modalidades de exame para investigação de paternidade.

Art. 2º - A aplicação do disposto nesta lei se fará de modo progressivo, estando condicionada à disponibilidade orçamentária e à capacidade financeira do Estado.

Art. 3º - As despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão por conta de recursos originários de dotação orçamentária consignada ao órgão estadual responsável pelas ações de investigação de paternidade e de outras fontes.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 15 de janeiro de 1996.

Eduardo Azeredo - Governador do Estado

O Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do § 7º do Art. 115 da Constituição Estadual, promulga a Lei nº 2648, de 25 de novembro de 1996, oriunda do Projeto de Lei nº 48-A, de 1995.

LEI Nº 2648, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1996.

TORNA OBRIGATÓRIA, A GARANTIA, PELO ESTADO, DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE (DNA).

Art. 1º - O Governo do Estado do Rio de Janeiro garantirá aos juridicamente necessitados, assim reconhecidos pela legislação federal em vigor, a realização do exame de investigação de paternidade, com vistas à produção de prova judicial.

Art. 2º -O Poder Executivo fica autorizado a dotar os laboratórios da rede estadual de saúde com meios que possibilitem a realização do exame de que trata o artigo 1º.

Parágrafo único -O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

Art. 3º -Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário,

Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 26 de novembro de 1996.

DEPUTADO SÉRGIO CABRAL FILHO
Presidente

LEI Nº 11.163, DE 08 DE JUNHO DE 1998.

Dispõe sobre a realização do Exame de DNA, nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado e dá outras disposições.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no artigo 82, inciso IV, da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa aprovou e eu sanciono e promulgo a Lei seguinte:

Art. 1º - O Estado, através da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, estabelecerá procedimento visado ao custeio do Exame do Código Genético - DNA, desde que este se faça indispensável como meio de prova em ações patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado.

Art. 2º - A Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente poderá, para o cumprimento desta Lei, celebrar convênios com as instituições de pesquisa que realizarem o referido exame.

Parágrafo único - Na celebração dos instrumentos a que se refere o "caput", como forma de contrapartida, o Estado poderá ceder servidores com ônus para seu órgão de origem.

Art. 3º - O Poder Executivo regulamentará a presente Lei.

Art. 4º - As despesas decorrentes da presente Lei correrão à conta de dotação orçamentárias próprias.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 08 de junho de 1998.

Lei Nº 9.934, de 16 de abril de 1998 (Projeto de lei nº 534/96, do deputado Dráusio Barreto - PSDB) Assegura gratuidade para a realização de exames de DNA.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - Fica assegurada a gratuidade para realização do exame de código genético – DNA, às pessoas que comprovem a impossibilidade de pagar as respectivas despesas, quando determinada judicialmente em virtude de ação de investigação de paternidade.

Artigo 2º - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da sua publicação.

Artigo 3º - As despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão à conta das dotações próprias consignadas no Orçamento vigente.

Artigo 4º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, aos 16 de abril de 1998.

MÁRIO COVAS

Belisário dos Santos Junior

Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania

José da Silva Guedes

Secretário da Saúde

Fernando Leça

Secretário - Chefe da Casa Civil

Antonio Angarita

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicada na Assessoria Técnico - Legislativa, aos 16 de abril de 1998.