

Indenização - Danos morais - Exame de DNA - Realização pelo pai sem autorização da mãe

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Indenização por danos morais. Exame de DNA realizado pelo pai sem autorização da mãe. Ausência de dano moral.

- A existência das condições da ação não decorre de obra do engenho ou da argumentação das partes, mas dos fatos deduzidos em juízo, de onde se afere a correlação entre o direito subjetivo material afirmado e a pretensão de direito material, formando um nexo de ligação entre ambos, legitimador do direito da demanda.

- A realização de exame de DNA pelo pai sem autorização da mãe que exclua a paternidade não constitui, por si, ato ilícito e ofensivo ao patrimônio imaterial da mãe e do próprio menor, sendo desse último o direito de ter reconhecido o verdadeiro pai.

- O reconhecimento de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e consequente do princípio da dignidade da pessoa, identificado como direito à identidade pessoal. Hipótese em que se nega provimento ao recurso da sentença que julgou improcedente o pedido de danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.09.094105-0/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelantes: Menor, genitora por si e representando o filho - Apelados: Laboratório Lizetta Ltda., Instituto Hermes Pardini, R.C.B. - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2014. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - É recurso de apelação de sentença desfavorável aos apelantes genitora e menor impúbere, representado pela primeira nomeada, proferida nos autos em que eles, os apelantes, moveram a R.C.B. e aos laboratórios de análises Laboratório Lizetta Ltda. e Instituto Hermes Pardini.

Querem a reversão do julgado para que se condenem os apelados ao pagamento de danos morais, reconhecida a culpa deles pelo fato da coleta de sangue levada a efeito para fins de realização de exames de reconhecimento de paternidade, com decodificação do DNA, exame esse realizado pelos laboratórios, onde foi excluída a paternidade do primeiro apelado, propiciando o resultado do exame (havido, segundo se disse, com conduta culposa e lesiva dos apelados) a ofensa à integridade pessoal dos apelantes. Quer-se, inclusive, seja o exame declarado nulo.

Em razões de apelação, investem-se os apelantes, sem destacar argumentos específicos para enfrentar as razões da sentença que acolheu a ilegitimidade passiva dos laboratórios réus. Fundamentalmente, são agitadas questões de mérito, diga-se, da substância da conduta dos réus/apelados para concluir sobre a culpa deles e o pedido de provimento do recurso.

Assim, alega-se que o laboratório Lizetta Ltda. arrancou (*sic*) sangue do menor apelante, sem o assentimento da mãe, ainda que num domingo, com o laboratório fechado, para depois remeter o material, em encadeada atitude, para o outro laboratório (Pardini) e realização do exame de DNA.

Sustenta a legitimidade deles na titularidade que detêm para responder e opor-se à pretensão deduzida em juízo, consistente na alegação de danos em razão da realização do exame, sem autorização da representante legal do menor e com ofensa a direito deste último, condutas ditas ilícitas. E, mais, que o menor tem direito à paternidade, ao estado de filiação e não tem o direito de ceder o seu corpo para produzir prova contra si mesmo (*sic* - f. 237), tudo em contraposição ao que pareceu ao órgão do Ministério Público, que deu parecer pela improcedência da ação. Além disso, sustentam os apelantes que o exame de DNA, a despeito da presença do pai e do documento necessário, não pode sobrepor-se ao instituto jurídico da guarda, com transmutação da responsabilidade legal para a de proprietário (*sic*). O pai e apelado estava apenas com o direito de visita, obtido arditosamente. Responsabilidade momentânea a exercida por ele, e não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o fato. Em suma, o pai não tinha o poder de realizar o exame, e os laboratórios não se cercaram das cautelas necessárias.

Há remissão dos apelantes ao texto da Lei 8.560/92 e aos arts. 1.583 e 1.589 do CC, concluindo que a mencionada lei não contém disposição sobre a possibilidade de o exame ser realizado pelo pai, somente, e que os artigos citados do Código Civil contêm norma de observância para realização dos exames e a simples exibição do documento, em casos tais, não o legaliza.

Discorrem sobre o estado e a capacidade civil do menor e sustentam a ilicitude do ato pelo primeiro apelado, relevando culpa dele e dos demais réus, cuja atitude revela adesão ao comportamento daquele e

então culpa, pelo que pedem a reforma da sentença com procedência do pedido.

Os apelados excluídos da lide por ilegitimidade passiva, o Laboratório Lizzeta Ltda. e o Instituto Hermes Pardini S.A., apresentaram contrarrazões (f. 253/260 e 263/266, sucessivamente), em que sustentam, principalmente, a sua ilegitimidade passiva, tal como reconhecido na sentença, bem assim o não provimento do recurso.

Em contrarrazões de apelação, o primeiro réu, essencialmente, sustenta a regularidade da realização do exame, sem qualquer ofensa a regramento legal, não tendo, conseqüentemente, havido afronta à dignidade do menor ou ofensa a direitos da sua pessoa.

Esse o relatório sucinto, ao qual se acresce, por adoção, o relatório da sentença.

Da questão da ilegitimidade passiva, reconhecida em sentença e relativa ao segundo e ao terceiro réus.

O direito ao julgamento do mérito da causa (direito da ação) é condicionado à existência de determinadas condições, preenchidas não pelo engenho ou por obra da argumentação expendida no petitório, mas pelos fatos deduzidos em juízo, de onde se afere a correlação entre o direito subjetivo material afirmado e a pretensão de direito material, à qual se apresenta ligado e conexo (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. Apud DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual*. 9. ed. Salvador: JusPodium).

É de se salientar que a condicionante da ilegitimidade é a do exercício do direito de ação, não a do direito de ação, cuja inafastabilidade tem índole constitucional.

Dos fatos alegados pelos autores/apelantes, diga-se, a realização do exame de DNA feito no menor, filho, sem a presença e autorização dela, autora/mãe, ainda que na presença do pai (de quem a mãe se havia separado e que, no momento, tinha a responsabilidade sobre o menor, em exercício de direito regulado de visita e companhia do filho em final de semana), implicou a nulidade do exame e ofensa a direitos extrapatrimoniais, de onde foi deduzida a existência de danos morais. Assim, fatos processualizados, com tal pedido feito na demanda, esse seria o âmbito de onde se extrairia o exame das condições de legitimidade das partes.

Do que foi alegado, revelou-se a existência, relativamente aos laboratórios que realizaram o exame, de evidente falta de condição da ação, relativamente a eles, evidente, pois, improcedência que poderia ser antecipada (a falta de condições da ação releva, quase sempre, situações de improcedência macroscópica - Fredie Didier, *op. cit.*), sem mais que simples exame da situação da relação posta.

Os efeitos jurídicos que foram extraídos dos fatos e fundamentos do pedido não dizem respeito ao fato do exame em si, mas da forma como ele foi feito, não havendo relação direta disso com a realização do exame (note-se que a pretensão posta se estende à responsabilidade solidária das partes, decorrente do

modo como o exame foi posto a exame), extraindo-se a solidariedade indiretamente do acontecimento, quando, então, houvesse responsabilidade, esta só competiria àquele que realizou o exame, o que será visto no mérito no recurso. A solidariedade não pode ser pressuposta, decorre de lei ou da natureza dos fatos.

Logo, não se podendo deduzir a requerida declaração de nulidade do exame (efeito) e, pois, danos morais consequentes disso, relação jurídica de dever que gerasse responsabilidade, por isso, dos laboratórios, visto que decidido na sentença, na qual os reconhecidos ilegitimados são réus, e podendo a ilegitimidade ser reconhecida a qualquer tempo do processo, não há mesmo que se ponderar na conclusão da sentença, nem repará-la, sendo de se confirmar o reconhecimento da ilegitimidade passiva do segundo e do terceiros réus.

Do mérito.

Embora, pela ordem sequencial, dispusessem os autores o pedido de modo a priorizar (pelo menos sequencialmente) o pedido indenizatório, dispondo ao final do requerimento sobre o pedido de declaração de nulidade do exame (f. 07), a ordem de avaliação decisória deve perscrutar primeiro da nulidade, dita provocada por ato ilícito dos apelados. A responsabilização decorreria disso.

Tal disposição é repetida nas razões de apelação (f. 246).

A abordagem da nulidade alegada é feita, conquanto exprobradas as razões de apelação relativas à legitimidade dos laboratórios que realizaram o exame de DNA, somente em relação ao réu apelado, R.C.B.

A despeito disso, não custa repisar o fato de que toda a argumentação do pedido e da apelação se espraia a partir do ato do apelado, pai do autor, de levar o filho a exame de DNA, para fins de realizar exame de paternidade.

Disso não se poderia pressupor solidariedade dos laboratórios (esse fato já está decidido em preliminar, repita-se), já que a ação em exame é a do pai. A propósito, não há mesmo, do ponto de vista legal, óbice a tanto. É de se relevar que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal assegura proteção familiar, mas não sobrepondo os interesses dela acima dos indivíduos que a compõem. É ela própria, a Constituição, que sobreleva os interesses da criança, em nível superior (art. 227).

Desse rigor, tergiversou a mãe, ao recusar-se o exame de DNA, quando da ação negatória de paternidade. Uso do direito de não expor-se à prova pretendida, não lhe sobrevivendo, contudo, as conseqüências dessa negação. É maciça a jurisprudência de que se confere à recusa ao exame indício, inescusável, a influir no acervo probatório. Há mesmo quem considere a recusa como confissão, dando o alcance de verdade científica atribuído ao exame.

É corolário do direito da investigação de paternidade o estado de filiação, cujo reconhecimento propicia um

direito personalíssimo, indisponível, imprescritível, tal é o escólio doutrinário acerca das disposições constitucionais relativas aos direitos personalíssimos, no âmbito do direito familiar (cf. MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Renovar, 2010). É dito, nessa obra referenciada, que

A ratio legis está, evidentemente, na consideração de que a paternidade é um valor social eminente e, em consequência, o direito ao reconhecimento do estado de filiação surge, como um seu corolário, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, especificado, neste caso, no direito à identidade pessoal (op.cit.).

Insta avaliar a questão sob a ótica da legislação ordinária, já que os direitos elencados na Constituição são de natureza abstrata e relativizam-se ordinariamente. Nisso, há mesmo razão no bem-lançado parecer do Órgão do Ministério Público de que “[...] não existe proibição, expressa em lei alguma, de que o exame de DNA tem que ser feito com ambos os pais presentes, ou com consentimento expresso”. Acrescente-se que o exame de DNA já pode ser feito por saliva ou outros meios, tais como exame em partes do corpo, e.g., de fio de cabelos. E mais, o conhecimento do patrimônio genético assume importância, inclusive, no âmbito da saúde pessoal, com implicação no estado das enfermidades hereditárias. Não se comporta adequadamente a interpretação que a apelante dá aos dispositivos legais, quando invoca a proibição de realização de exame por um só dos pais como produto de raciocínio, não de proibição propriamente dita, como é próprio das normas proibitivas.

A guarda, de sua parte, denota apenas regularização de estado de fato, não implicando os direitos então da paternidade, bem assim com o fato de estar no momento o menor, em razão de visita, sob a guarda do pai, do que não se pode deduzir ação ilícita a realização do exame. Os desconfortos e as possíveis consequências são decorrência da situação criada, no caso especificamente possível no âmbito familiar, ainda que indesejada.

Não havendo nulidade no exame realizado, a sua utilização futura demanda análise judicial do juízo a que poderá, sendo o caso, ser submetida, não se podendo coibir o recurso.

Não havendo nulidade nem ação ilícita, não há falar em anulação do exame nem de existência de danos a serem reparados.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade por estarem beneficiados pela gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO e PAULO MENDES ÁLVARES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •