

**A CERTEZA DA PATERNIDADE ATRAVÉS DA PERÍCIA
GENÉTICA E A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

IONETE DE MAGALHÃES SOUZA

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO
DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA
CATARINA, COMO REQUISITO À
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM
DIREITO. ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:
INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS.

ORIENTADOR: PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

**FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001.**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC

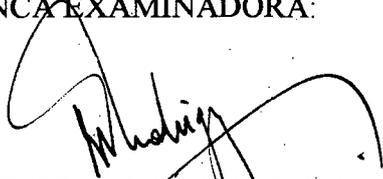
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-CPGD

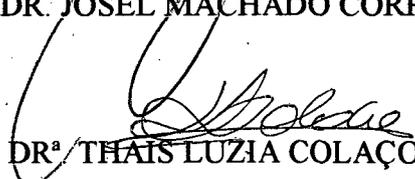
A PRESENTE DISSERTAÇÃO INTITULADA: A *CERTEZA* DA PATERNIDADE ATRAVÉS DA PERÍCIA GENÉTICA E A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL, ELABORADA POR IONETE DE MAGALHÃES SOUZA, FOI APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, SENDO JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001.

BANCA EXAMINADORA:


PROFESSOR ORIENTADOR: PROF. DR. HORACIO WANDERLEI RODRIGUES.


MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. JOSEL MACHADO CORRÊA


MEMBRO DA BANCA: PROF.ª DR.ª THAIS LUZIA COLAÇO

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida.

A meus familiares, especialmente a minha irmã Luciene, Professora de Português, que tanto me auxiliou.

Ao meu orientador, Professor Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, por seus essenciais questionamentos, observações, correções e indicações bibliográficas.

À Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo apoio financeiro.

Ao Professor Dr. Welber Barral, Coordenador Acadêmico do Mestrado Interinstitucional, demais professores e funcionários da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – Direitos e Garantias Constitucionais.	
1.1- Princípios Constitucionais: Auto-aplicabilidade e Efetividade.....	12
1.2- Direitos e Garantias Fundamentais em Face da Constituição da República Federativa do Brasil, de1988.....	18
1.3- O Acesso à Justiça como Direito Fundamental Constitucional.....	28
1.4- Jurisdição e o Princípio da Igualdade Constitucional.....	39
CAPÍTULO II – As Assistências Judiciária e Jurídica.	
2.1- Poder Econômico e Informação.....	45
2.2- Assistência Jurídica Preventiva e Extrajudicial.....	51
2.3- Poder Judiciário.....	57
2.4- Defensoria Pública.....	64
2.5- Instrumentalidade Processual e Justiça nas Decisões e Comandos.....	69
CAPÍTULO III – A <i>Certeza</i> da Paternidade através da Perícia Genética.	
3.1- Origem Genética e Cidadania.....	76
3.2- Perícia Genética e Utilização do DNA.....	83
3.3- Direito à Filiação/Paternidade e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	94
3.4- Função Paterna.....	100
CAPÍTULO IV – O Exame em DNA e o Acesso à Justiça.	
4.1- O Exame em DNA nos Tribunais.....	103
4.2- O Discurso Jurídico de Justiça e a Realidade Social.....	109
4.3- O Exame em DNA e a Assistência Jurídica.....	119
4.4- Propostas.....	125
CONCLUSÃO.....	128
BIBLIOGRAFIA.....	134
ANEXOS.....	141

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado em Direito tem por objetivo analisar a efetividade do acesso à Justiça em caso de comprovação da paternidade, por via do exame de ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), em tempo satisfatório, envolvendo a população carente e o poder público. A título exemplificativo, será analisado o direito exercido pelos cidadãos do estado de Minas Gerais; tal trabalho não se caracteriza, no entanto, como um estudo de caso. A referida análise partirá do dispositivo constitucional acerca do acesso à Justiça pelos que comprovarem insuficiência de recursos, preceituado no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. O Capítulo I trata dos direitos e garantias constitucionais, buscando analisar o Direito com suas garantias fundamentais e a aplicabilidade do dispositivo constitucional, além de destacar o acesso à Justiça e a igualdade constitucional. No Capítulo II fala-se sobre a importância da informação e da questão econômica, sobretudo das Assistências Jurídicas, além do Poder Judiciário, das Defensorias Públicas e da Instrumentalidade Processual. No Capítulo III a perícia genética e o exercício da cidadania são enfocados, indicando como tem sido o acesso à Justiça pelo cidadão comum, que depende do amparo do Estado, em caso de dúvida quanto à paternidade. No Capítulo IV fala-se, mais especificamente, sobre a efetividade do acesso à Justiça e da própria justiça, o exame em DNA nos Tribunais e a realidade social. Críticas e possíveis soluções para o exercício de direitos fundamentais são expostas. Na Conclusão constata-se que a efetividade de vários direitos tem tido mais defesa e espaço social, embora no campo da perícia genética, disponível aos pobres, ainda seja precária. Entretanto, a evolução do homem e de tudo o que o cerca, tende a alargar sempre os direitos fundamentais, para que a cidadania e a verdadeira *justiça*, material ou axiológica, não adormeçam em aspirações ou em escritos vazios.

ABSTRACT

The object of this work is to analyse the effectiveness of access to Justice in case to prove the fatherhood, through Desoxyribose Nucleid Acid exam (DNA), in wished time and involving the poor population and the public power. It analyses the law in Brazil, specific of Minas Gerais state. So this work doesn't characterize itself as study of case. It start from Constitution of Republic Federal of Brazil, 1988. The first chapter to deal of constitutionals rigths and guarantee, looking for to study the law with its fundamental guarantees and enforce of device constitucional, beyound detail the access to Justice and the constitucional equality. In the second chapter, it talks about the importance of the information and of the economy: especially about legal attendances. It talks about judicial power, public defending counsel and lawsuit instrument too. In the third chapter there is an study about genetic expertise and the exercise of citizen, showing how had been the access at Justice by common citizen that depends of the support state for spend with exam. An especif study, in the fourth chapter, it broachs the effectiveness of access to Justice and the own justice, the DNA exam into Tribunals and the social reality. There are criticisms and possible solutions for the exercise of fundamental laws. The conclusion points that effectiveness of many laws has had more counsel for the defence and social space, but the genetic expertise to poor population is precarious yet. However, the man's evolution and the world's evolution tend to grow always the fundamentals laws to that citizenship and the true justice, material or value, doesn't sleep in aspirations or in empty writings.

INTRODUÇÃO

O tema *justiça* é por demais discutido, vindo a ser alvo de interesse em todas as épocas e em tudo que cerca o ser humano. Os tipos de justiça e sua adequação legal, social e ética são levados a uma inquietação angustiante frente aos fatos vistos e vividos. Dai justificar-se este trabalho, no qual será analisada a justiça formal e material de um tema específico. A efetividade da Justiça e a *certeza* da paternidade através da perícia genética são de importância ímpar no campo social e da satisfação intrínseca de realização e esclarecimento de uma verdade. A palavra *certeza* está grafada em destaque, haja vista algumas divergências existentes quanto às possíveis falhas, especialmente humanas, no comando de máquinas e técnicas, mesmo que essas sejam precisas. Questiona-se, ainda, a impossibilidade de se chegar a uma porcentagem máxima. Portanto, discordam do termo *certeza*, usando sempre o termo *probabilidade*. Entretanto, não é a maioria dos estudiosos do Direito que defende tal entendimento. O índice equivalente a mais de 99% (noventa e nove por cento), como resultado de uma perícia, é considerado por cientistas, doutrinadores e juristas, mais do que comprobatório, para se declarar a paternidade biológica. Dizem os cientistas que, apenas por uma questão matemática, de números e de fórmulas aplicadas, é que não se chega ao número integral de 100% (cem por cento). Assim, um dos pontos da *certeza* apóia-se na prova, mesmo que não tenha o resultado esperado ou desejado, além da convicção do juiz.

O exame genético em ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), como obrigação imediata do Estado, numa investigação de paternidade que envolva carentes, leva à solução de graves problemas hereditários e revolução da terapêutica médica, dentre outras consequências positivas. A verdade material da filiação biológica consolida direitos indisponíveis de valor incalculável no sentimento humano. Assim, como objetivo geral, analisar-se-á a efetividade

do acesso à Justiça em caso de comprovação da paternidade, em tempo satisfatório, por via do exame em DNA. O fator “justiça” é estudado sob o prisma do princípio da igualdade e da efetividade do processo, para o qual o tempo razoável de prestação é visto como direito fundamental.

O Brasil já possui, desde 1988, laboratórios capacitados e autorizados para a realização de exames em DNA, para a determinação da paternidade. O cuidado quanto à escolha criteriosa de laboratório é imprescindível, como deve ocorrer em qualquer outra área de serviço ou exercício profissional.

A paternidade afetiva, sem dúvida, é a mais importante. Mas, não há que se negar o direito, de quem o tem, à busca da paternidade biológica, por negatória do suposto pai. A afeição vislumbrada, associada a um atendimento às expectativas sociais, familiares e jurídicas, poderá manifestar-se, coroando de êxito a efetividade de um acesso à Justiça, especialmente dos mais carentes financeiramente.

A crise do Estado brasileiro e de seus estados-membros delineia um país injusto socialmente e descompromissado com o mais necessitado economicamente. Pretende-se valorizar uma maior consagração da ação constitucional de defesa de direitos fundamentais, com caráter de prioridade e celeridade, ou seja, garantia aos cidadãos do direito a procedimentos judiciais caracterizados pela rapidez e eficiência, de modo a obter remédio em tempo hábil. Uma justiça de boa qualidade para todos os cidadãos.

A melhor aplicação da Constituição, mais precisamente do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, combinada com as demais legislações pertinentes e, especialmente, da regulamentação do discurso jurídico quanto à paternidade, leva a perícia genética a uma posição de direito fundamental. É o direito à assistência jurídica integral e gratuita, o que significa amparo em todas as áreas e serviços que envolvam a Justiça.

Um exemplo é o exame pericial gratuito em DNA, oferecido às pessoas carentes no Estado de Minas Gerais, desde o advento da Lei Estadual n.º 12.460 de 15 de janeiro de 1997, regulamentada pelo Decreto n.º 38.950 de 25 de julho de 1997. Cumprindo a delimitação temática, falar-se-á, a título exemplificativo, do problema vivido pelas cidades do interior de Minas Gerais, tendo como base a cidade de Montes Claros, no norte desse estado. A dificuldade de locomoção das partes ou do material coletado, até a chegada de ofícios e requerimentos das comarcas do interior, perdendo-se alguns dias para os moradores da capital, são alguns dos problemas enfrentados. Sabe-se portanto que, não obstante tal delimitação, a situação não é muito diferente no restante do país.

Este trabalho inclina-se para uma abordagem de inquietação pela injustiça sofrida por aqueles que, não vendo outra saída para o seu desejo *da verdade*, vêem-se prisioneiros do tempo e do Estado. O cumprimento de uma obrigação, que deveria ser rápido e poderia ser satisfatório, torna-se um transtorno na vida de cidadãos que, na maioria das vezes, são crianças ou adolescentes hoje, e que não mais o serão quando da realização e resultado do exame em seu DNA. O tempo não trará de volta os direitos materiais, psicológicos e quem sabe, afetivos, que se perdem nos anos angustiantes de espera.

A teoria jurídica adotada está fundamentalmente baseada na obra de Cândido Rangel Dinamarco, intitulada *A Instrumentalidade do Processo*, na qual o autor analisa as perspectivas do próprio direito processual, na atualidade, com vistas na eliminação das diferenças advindas da posição econômica dos cidadãos. Para Dinamarco, a jurisdição, como poder, está no centro da teoria processual.

O escopo social de pacificação é apresentado como meta na solução o quanto antes e relativamente certa dos casos em litígio. O valor “justiça”, portanto, é visto como objetivo da jurisdição no plano social, buscando uma satisfação pessoal dos que devem ter acesso à Justiça, como efetividade do processo. Em suas conclusões, Dinamarco diz dever ser

o processo um instrumento eficaz para o acesso à *ordem jurídica justa*. Assim, é indispensável que se preocupe com a assistência jurídica, a simplificação processual, com um juiz participativo em diálogo com as partes e o direito à prova eficaz, especialmente pericial.

Considerar-se-ão, ainda, autores como Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que têm o direito de acesso à Justiça como o primeiro dentre todos os direitos humanos, e, ainda, Horácio Wanderlei Rodrigues, cujo pensamento coaduna com o dos citados autores quanto ao acesso à Justiça e à assistência jurídica. A teoria dos direitos fundamentais de Paulo Bonavides e J. J. Gomes Canotilho também serão necessários suportes constitucionais.

Horácio Wanderlei Rodrigues, por exemplo, fala de pressupostos para o efetivo exercício da Justiça, como a existência de um direito legítimo, visando o social, no qual a administração estatal esteja voltada para a realização do Direito, dando instrumentos capazes para isso, além de um Poder Judiciário afinado com o interesse da sociedade. Para tanto, aspectos como o econômico, o político e o educacional devem ser analisados.

Conforme Paulo Bonavides e J. J. Gomes Canotilho, o maior problema que se vê relacionado com os direitos do homem é a sua efetiva proteção, por questões políticas, que não devem se dissociar dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos.

As lutas históricas da civilização humana e o próprio momento de transformação no tempo podem ser afirmados nos direitos de liberdade, nos direitos políticos e nos direitos sociais. Embora a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tenha valorizado e respeitado os direitos e garantias individuais, no que diz respeito aos sociais, não houve avanço considerável.

Assim, buscando uma ordenação do tema, compatível com o estudo superficialmente apresentado, a dissertação compor-se-á das seguintes partes: o Primeiro Capítulo, que abordará os direitos e garantias constitucionais; o Segundo Capítulo, em que serão analisadas as assistências judiciária e jurídica; o Terceiro Capítulo, em que se fará uma

exposição sobre a *certeza* da paternidade através da perícia genética; e, finalmente, o Quarto Capítulo, que trará comentários, críticas e reflexões sobre o exame em DNA e a efetividade do acesso à Justiça, em tempo hábil. Na Conclusão constata-se a dificuldade de concretização de meios de prova, disponíveis aos pobres, especialmente quando envolve a perícia genética. Por fim, alguns anexos, diretamente relacionados com o tema em estudo e devidamente informados em notas de rodapé, quais sejam: Lei e Decreto estaduais de Minas Gerais, Ofícios oriundos da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais aos Juizes das causas apresentadas neste estudo, a título exemplificativo, que comprovam a data prevista para a realização dos exames em DNA e Projetos de Leis Federais.

Na Bibliografia consta as obras diretamente utilizadas no trabalho, além daquelas que de uma forma ou de outra contribuíram para a formação de um raciocínio ou levantamento de idéias, estas, totalmente despretensiosas, haja vista o relativismo de tudo o que se tenta demonstrar, frente à atualidade do tema e as mudanças que certamente ocorrerão, muito especialmente, quanto aos avanços científicos.

Capítulo I – Direitos e Garantias Constitucionais

1.1- Princípios Constitucionais: Auto-aplicabilidade e Efetividade.

As lutas históricas da civilização humana e o próprio momento de transformação no tempo podem ser afirmados nos direitos de liberdade, nos direitos políticos e nos direitos sociais. E levarão a muito mais transformações com o avanço civilizatório e tecnológico.

O que historicamente sempre se viu foi uma passagem de direitos em sentido fraco (normas naturais ou morais) para um sistema em sentido forte (sistema jurídico). Entretanto, com as declarações/cartas de direitos ocorre o inverso. Dessa maneira, dever-se-á estar atento para não confundir “direitos” e “promessas de direitos”, cuja superação da larga diferença se dará pelas forças políticas.

As expressões “direitos do homem” ou “direitos humanos” ou “direitos fundamentais” (sem unanimidade se de mesmo sentido) são de difícil definição e variáveis, conforme épocas históricas e civilizações. São heterogêneas, algumas com pretensões diversas entre si ou até incompatíveis. Portanto, não há que se falar em fundamento absoluto dos direitos do homem.

A proteção de direitos é vista como função primordial de um Estado, cujo papel jurídico é caracterizador. Daí a expressão *Estado de Direito*. A tutela jurídica e a proteção dos direitos dos cidadãos, garantindo a cada um a segurança e o bem social devidos, são deveres primários do Estado na busca de uma sociedade equilibrada e justa no gozo de seus direitos. O

Estado deve ser visto como o meio que facilita ao homem atingir o fim desejado, numa ordem jurídica; cabendo, sobretudo, ao Estado Social, dispensar o suporte necessário.

O Estado Social é analisado como uma Criatura da Sociedade, fazendo com que se abstraia da sua função social o compromisso intrínseco com o bem comum (crenças, valores e informações) e interferência na vida do cidadão. Esse Estado, portanto, é subordinado a uma regra de justiça social na distribuição de seus benefícios.

A teoria do Estado social se acha direta e imediatamente vinculada nas Constituições de nosso tempo ao capítulo da Ordem Econômica e Social e portanto à extensão e verticalidade dos preceitos que se relacionam com essa ordem...¹

A Constituição se apresenta como a Lei Fundamental que deverá regular o exercício dos poderes públicos, garantindo os direitos e as aspirações justas dos cidadãos. Tem-se como justo numa ordem geral, aquilo que visa resguardar a liberdade de cada um, valorizando o direito de todos e conseqüente tranqüilidade social.

O *Estado Democrático de Direito* tem como característica a constitucionalização de Direitos fundamentais contida em várias *Declarações*, que deve ser assegurada para evitar qualquer abuso de poder, além de garantir aos governantes uma legitimidade democrática. Os direitos fundamentais são históricos, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; sendo ademais limitadores dos poderes do Estado. A importância desse assunto está na discussão e no desenvolvimento de um raciocínio amplo e efetivo de como são vistos os direitos fundamentais nos moldes constitucionais.

Os princípios se encontram no mais elevado nível hierárquico do ordenamento jurídico, sendo normas efetivas e não apenas ideais ético-políticos. A normatividade dos

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. p.223.

princípios é primordial se se pensar nos direitos humanos, que são vistos, por sua vez, como exigências de respeito à dignidade humana, independente de poderes e regulamentações oficiais ou não. Os princípios estabelecidos em constituições democráticas são resultados de direito natural, ou seja, da justiça e dos direitos humanos de outras épocas, hoje positivados. Daí dizer que os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados.

Para Dworkin, a subdivisão das normas é feita entre “diretrizes” e “princípios”, em que as primeiras dizem respeito aos objetivos sociais, que devem ser alcançados, e os últimos relacionam-se com a justiça e a equidade; sendo, portanto, mais genéricos.² Mas as normas constitucionais podem ser vistas, mais usualmente na doutrina, como “normas-princípios” e como “normas-regras”. As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são aplicadas, já os princípios atuam de modo diverso, haja vista que, quando dois princípios estão em confronto, um prevalece sobre o outro. Nenhum princípio constitucional deve ser considerado isoladamente ou auto-suficiente. Portanto, os princípios dão fundamento aos subprincípios e demais regras de uma sistemática normativa, sendo vinculados entre si. Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A eficácia e concretização dos princípios constitucionais dependem da concepção metodológica de Direito Constitucional. A aplicação do campo de incidência dos princípios não afeta a sua vigência quando da existência de conflito normativo, como ocorre com as regras de direito, que são revogadas por normas posteriores. Poder-se-á, assim, analisar vários conceitos de princípios constitucionais, segundo autores diversos.³

² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. p.72: “Lhamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que há de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual há de ser protegido de cambios adversos). Lhamo ‘principio’ a un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna outra dimensión de la moralidad.”

³ Para melhor conhecimento de nomes desses autores vide Ruy Samuel Espíndola: *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*.

Existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado; princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos; e, ainda, princípios constitucionais de caráter programático, como a justiça social, dentre outros. Como características dos princípios citam-se a generalidade; a objetividade; a atualidade; a vinculabilidade; a complementariedade e a normatividade jurídica, etc. Sem qualquer pretensão de se esgotar o tema *princípios*, poderão ainda ser citados os que são considerados *princípios pétreos*, que são a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais.⁴

Os princípios e as regras são espécies do gênero “norma jurídica”. As regras, obedece-se, aos princípios se presta adesão. Os princípios não possuem um caráter prescritivo como as regras, mas impõem-se aos fatos reais, adquirindo valor. A generalidade é característica básica deles, podendo ter muitas aplicações, que serão compreendidas frente a outros princípios pertencentes ao ordenamento jurídico. Uma determinada ordem jurídica é sustentada pelas premissas básicas dos princípios constitucionais, indicando os caminhos que devem ser percorridos.

A função própria dos princípios é dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a aplicação de suas normas e solucionando lacunas. Buscam sua força teórica no Direito não só como ordem jurídica, mas também no Direito enquanto ciência. As fases da normatividade dos princípios, conforme Bonavides, são: jusnaturalista, positivista e pós-positivista⁵. Tais princípios são normas elevadas pelo constituinte como fundamentais na ordem jurídica que institui, espalhando-se por todo o sistema, sendo a síntese dos valores mais relevantes.

Em conformidade com Canotilho, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios⁶. Tanto que, para resolver conflitos entre princípios constitucionais tem-se uma

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 60, § 4º.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.232.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Parte IV, capítulo 3. p.1085-1113.

concordância ou ponderação prática entre os princípios conflitantes. A solução advém da escolha do mais adequado para a composição da lide, nos moldes da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há que se admitir o apego exagerado ao legalismo estatal, deixando em segundo plano a realidade social, para que não haja comprometimento das diretrizes organizacionais democráticas de uma comunidade política. A questão da ponderação diz respeito ao controle do resultado para um direito em conflito, valorizando, dessa maneira, o princípio da proporcionalidade como somatório à democracia. O equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário deve ser buscado à saciedade no princípio da proporcionalidade constitucional. Canotilho cita quatro categorias para os princípios: princípios jurídicos fundamentais (ex.: o acesso à Justiça); princípios políticos constitucionalmente conformadores (ex.: presidencialismo, Estado de Direito); princípios constitucionais impositivos (ex.: solidariedade, convivência justa); princípios-garantia (ex.: juiz natural, motivação das decisões judiciais).

Na busca da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do cidadão surge o processo como instrumento apoiado em princípios, constituindo realidades jurídicas que devem guardar conformação com a Constituição. No âmbito da cidadania, o processo é o caminho da efetividade das garantias constitucionais asseguradas. Os mecanismos de tutela dos direitos fundamentais estão intimamente ligados à criatividade judicial em prol do povo, tornando-se cada vez mais eficazes, quando ultrapassadas as barreiras, que obscurecem a ordem jurídica de bem servir a maioria carente.

No dizer de Dinamarco “o processo é instrumento a serviço do direito substancial e isso justifica a preocupação de oferecer meios eficazes e seguros para que a busca seja produtiva e o direito substancial cumprido.”⁷

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 233.

A solidariedade, como um dos princípios axiológicos do sistema universal de direitos humanos, fundamenta-se na idéia da justiça distributiva, em que se verá a responsabilidade de todos pelas carências de qualquer indivíduo ou grupo. Foi a partir desse princípio que veio o amparo aos direitos sociais, com vistas a resguardar os direitos dos mais pobres, daqueles que não possuem recursos para viver dignamente.

A auto-aplicabilidade dos princípios deve ser vista como forma natural de agir nos meios competentes para tal, não importando se ainda no âmbito do Legislativo ou já em fase do Judiciário. A efetividade dos direitos buscados, se caracterizados e inclusos nos princípios constitucionais, é conseqüência tão óbvia quanto a crença de se estar verdadeiramente correto no seu ato de reivindicar. Conclui-se que, os princípios constitucionais foram positivados para produzir efeitos e devem produzi-los, mostrando a sua eficácia. Nas Constituições rígidas, o princípio da constitucionalidade formal evolui para o princípio da constituição material, buscando o real e o fático, percebendo-se que o antigo Estado de Direito reverenciava a lei, o novo Estado de Direito busca a Constituição material.

O reforço das garantias de direitos, já existentes na Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 1988, é aspirado numa consagração de defesa de direitos fundamentais, calcado pela qualidade e celeridade, impedindo as violações da proteção constitucional atribuída aos direitos pessoais. Uma justiça moderna pressupõe uma efetiva condição prática de sua aplicação, primando pela segurança e humanidade. Mas, a concretização dos direitos fundamentais está condicionada a convicções filosóficas, econômicas, religiosas e outras. Portanto, não diz respeito a todos os países indistintamente. Pode ocorrer, contudo, e é o que ocorre, o envolvimento de blocos ou de países, como por exemplo, aqueles que pertencem ao Ocidente.

Os direitos fundamentais sociais exigem a atuação do Estado, sendo proibida a omissão, mas necessária uma garantia ampliada do uso de recursos públicos. A dignidade do

homem está à frente de qualquer outro objetivo a ser perseguido pela sociedade e por seus representantes, sendo fins daquela e direitos dos seus indivíduos. A essência constitucional é de garantia e estabilidade para todos aqueles que estão sujeitos a seus preceitos. Dessa forma, exigir-se-á uma maior abertura para novos direitos e conseqüentemente meios para garanti-los.

1.2- Direitos e Garantias Fundamentais em Face da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Não há que se falar numa única linha histórica-evolutiva dos direitos fundamentais, por não haver unanimidade sobre o assunto. Entretanto, alguns atos, ações, pensamentos e revoluções da humanidade considerados importantes serão expostos a seguir, como ilustração da trajetória dos homens no exercício da cidadania, até chegar à atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O ilimitado poder estatal dominava no início dos tempos, se se falar de uma formação histórica de liberdades. As prerrogativas que tem o indivíduo hoje, diante do Estado de Direito, são as chamadas liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais.

O berço dos direitos fundamentais está muito mais na Antigüidade do que se pensa. O século XVIII, vislumbrado como sendo o seu marco, pode ser abalado, por exemplo, quando se pensa no monarca João Sem Terra (Rei da Inglaterra), que em 1215, preocupava-se com os direitos dos ingleses à terra; mas os barões da Inglaterra obrigaram-no a assinar a *Magna Carta*, limitando seus poderes, já prenunciando, daí, regras constitucionais, com caráter revolucionário e político. Ou na Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, datada, também, do século XIII, onde já se dizia de lei suprema, lei divina e especialmente de lei

natural. Mas, realmente, foi a partir do século XVII, com a Revolução Inglesa, que ocorreram avanços substanciais no Constitucionalismo; e, após o Iluminismo, no século XVIII, que a doutrina dos direitos do homem se expandiu.

De uma maneira genérica, os direitos fundamentais são analisados basicamente nas declarações dos Direitos que hoje se tem notícias através de textos. Uma das primeiras encontra-se na Declaração de Virgínia (1776), então colônia da América do Norte, que rompe com a metrópole, promulgando sua Constituição. Posteriormente, é importante se ressaltar que, com a Revolução Francesa, as Declarações dos Direitos do Homem (1789), divide-se a história com um modelo de declaração que perdurou por cerca de um século e meio, com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Das constituições pós-guerra destacam-se a Constituição do México de 1917, com vistas para o social e o econômico, e a Constituição da Alemanha Republicana de 1919 - Constituição de Weimar-, que tratava dos direitos e deveres fundamentais dos alemães, em nível social, cujo modelo foi seguido pela Europa.

Em 10 de dezembro de 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), resultado de uma consciência política dos diversos países-estados que compõem a assembléia da ONU, predominando novamente o direito à vida, à liberdade, ao trabalho e outros direitos de igual singularidade. Vê-se que os textos citados são declarações de direito e não códigos e, por isso, fundamentos de Direito. A última Declaração citada é o mais importante documento do humanismo político de liberdade do século XX.

A concretização dos direitos fundamentais pode ser vislumbrada, ainda, por eventos salutareos como a Convenção Americana sobre Direitos do Homem em 1969 (Pacto de São José de Costa Rica); Conferência Mundial de Estocolmo em 1970, cujo marco

fundamental foi o direito relativo ao meio ambiente; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 1981; ou pela Carta de Paris para uma nova Europa.

No Brasil, os direitos fundamentais já tiveram vários termos que os denominavam, desde os “Direitos Políticos e Individuais” da Constituição de 1824, passando pela “Declaração de Direitos” das Constituições de 1891, de 1934 e de 1946, “Direitos e Garantias Individuais” das Constituições de 1937 e 1967, “Direitos Fundamentais do Homem” da Constituição de 1969 e, finalmente, “Direitos e Garantias Fundamentais” da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em que são incluídos os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos fundamentais da pessoa humana, direitos e garantias individuais e direitos e liberdades constitucionais.

A transformação do Estado absoluto em Estado de Direito acontece quando o súdito transforma-se em cidadão. Tais transformações da sociedade contemporânea estão esvaziando os conceitos clássicos para lidar com novos conflitos interindividuais. Assim, surgem os Direitos fundamentais transindividuais, que se baseiam na solidariedade, sem se conhecer quais são as pessoas vinculadas ao fato. Os direitos fundamentais do indivíduo, além da liberdade, têm englobado no século XX e no vindouro os direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação. Os direitos de liberdade (Estado de Direito Liberal) correspondem às faculdades de comportamentos próprios; os Estados Sociais de Direito correspondem às proibições ou obrigações ou deveres públicos.

A universalidade no direito de liberdade não vale para os direitos sociais e políticos diante dos quais os indivíduos não são especificamente iguais. Observam-se o direito ao voto (até certa época só masculino e ainda hoje com limite de idade) e os direitos sociais fundamentais (trabalho, instrução e saúde). Somente de modo genérico poder-se-á garantir as referidas observações. Os direitos de liberdade são contra o superpoder do Estado, ao contrário dos direitos sociais, que buscam maior e efetiva proteção estatal.

Concordam Canotilho, Bonavides e Ferreira Filho⁸, na divisão dos direitos fundamentais em três gerações: a primeira oriunda do final do século XVII, gerando as liberdades públicas; a segunda, dos direitos sociais (de prestação), após a Primeira Guerra Mundial; a terceira, dos direitos de solidariedade, tratados por alguns estudiosos, como direitos dos povos. Mas, é admitida uma quarta geração ou *dimensão* de direitos do homem, como prefere chamar Canotilho, por entender mais conveniente usar o segundo termo, vez que os direitos são de todas as gerações. Bobbio⁹, especialmente, admite essa quarta geração, citada também na obra de Bonavides.

Diz Canotilho sobre as categorias dos direitos fundamentais:

A primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos *direitos dos povos*. A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem económica internacional, da participação no património comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a ideia de direitos de terceira (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao património comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento.¹⁰ (*sic*)

Os direitos da Primeira Geração são os da liberdade - civis e políticos, admitidos em todas as constituições democráticas, sendo direitos de oposição perante o Estado, vindo em primeiro lugar o indivíduo. Os direitos civis pertencem ao indivíduo como cidadão; a todos os homens que vivem em sociedade. São também chamados de direitos individuais ou liberdades individuais ou liberdades fundamentais. Têm por função criar uma esfera de proteção para o indivíduo, em relação ao Estado e aos demais indivíduos. Os direitos políticos

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p.362.

são atribuídos aos cidadãos ativos, através da participação no processo político, em que votam e são votados. Na Constituição Federal são percebidos, por exemplo, nos artigos 14 a 16.

Os direitos da Segunda Geração são os sociais, culturais, econômicos e coletivos, ligados ao princípio da igualdade, descobrindo as garantias institucionais como um novo conteúdo dos direitos fundamentais e prescrevendo atividades positivas do Estado e da Sociedade. Como exemplos, vide artigos 6º a 11 da Constituição Federal.

Os direitos da Terceira Geração dizem respeito à fraternidade universal ou à solidariedade; chamados por alguns doutrinadores como direitos difusos. Karel Vasak identificou os seguintes direitos: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação, podendo existir ou vir a existir outros.¹¹ Vide o artigo 225 da Constituição Federal, como exemplo.

Os direitos da Quarta Geração são os culminados com a objetividade dos direitos da Segunda e Terceira Gerações e a subjetividade da Primeira Geração, por vezes chamados de direitos dos povos. Essa Quarta Geração é duvidosa, por não trazer exatamente uma novidade, mas dizer respeito à junção das anteriores, compreendendo assim a não aceitação pacífica de sua inserção no rol das categorias fundamentais. A universalidade dos direitos fundamentais pode ser a união dos direitos das três primeiras gerações, e qualquer ser humano será visto como pessoa titular com iguais direitos.

Na linha de pensamento de Bonavides, os direitos da Segunda, Terceira e Quarta Gerações ou Dimensões não se interpretam, concretizam-se, residindo aí o futuro da globalização política legitimada. Há de se ressaltar, ainda, que outros estudiosos do Direito admitem um maior número de categorias ou tipos diversos, como é o caso, por exemplo, do direito como fenômeno planetário.

¹¹ Karel Vasak: Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz, da UNESCO, em 1979. *Apud* Bonavides-*Curso de Direito Constitucional*, p.522.

As funções relativas aos direitos fundamentais podem ser vistas, segundo Canotilho, na seguinte ordem¹²:

a) Função de Defesa ou de Liberdade

Os direitos fundamentais têm a função de defesa ou de liberdade dos cidadãos, que podem ser analisados sob dois prismas:

1) no plano jurídico-objetivo: constituem normas de abrangência negativa para os setores públicos; impedindo qualquer interferência na área jurídica individual, haja vista que esses direitos individuais criam, como já fora dito anteriormente, uma esfera de proteção para o indivíduo, em relação ao Estado e aos demais indivíduos. Como exemplo pode ser citado o artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal: “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”.

2) no plano jurídico-subjetivo: exercem positivamente os direitos fundamentais, além de exigir omissões dos poderes públicos, para evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. Como exemplo, pode ser citado o artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, em que se percebem as duas liberdades: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença”.

b) Função de Prestação Social

Os direitos de prestação social são obrigações positivas impostas a outros, em especial, o direito do particular em desfavor do Estado, como a aquisição da educação e da saúde, dentre outros. Podem ser encontrados nos artigos 6º a 11; 196; 203 e 205 da Constituição Federal.

Canotilho chama a atenção para o fato de que a função de prestação dos direitos fundamentais está ligada a três problemas dos direitos sociais, econômicos e culturais:

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 383-6.

1) direitos sociais originários: trazem à tona a discussão sobre a possibilidade de, por exemplo, através das normas que consagram o direito à habitação, derivar uma prestação traduzida no direito de exigir uma casa;

2) direitos sociais derivados: levam à exigência de uma atuação legislativa efetiva das normas constitucionais e exigência de participação igualitária nas prestações criadas pelo legislador;

3) quanto às políticas sociais ativas: quando estão de acordo com o surgimento de instituições, serviços e prestações e a relação com a necessidade dos cidadãos.

c) Função de Proteção perante Terceiros

O Estado, por seus poderes públicos, tem o dever de proteger o direito à vida, por exemplo, ante as eventuais agressões de outros indivíduos. A garantia constitucional de um direito está no dever do Estado em positivar e proteger o exercício dos direitos fundamentais, frente a atos lesivos praticados por terceiros. Cita-se, para exemplificar, o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

d) Função de Não Discriminação

Pelo princípio dos direitos de igualdade se impõe a função essencial ao Estado de tratar os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, envolvendo todos os seus direitos e garantias pessoais, como podem ser exemplificados com o artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

A função antidiscriminatória dos direitos fundamentais atinge precipuamente grupos minoritários, que defendem a efetividade plena da igualdade de direitos como, por

exemplo, os direitos dos homossexuais, dos transexuais ou das pessoas portadoras da síndrome da imunodeficiência adquirida – HIV.

Quanto ao acesso ao Direito, poder-se-á apresentar as diferenças entre garantias e direitos, cujas expressões não são sinônimas, mas são vistas como tal por alguns autores. *Direitos fundamentais* e *garantias*, na prática podem ser dissociados. Nos primeiros há uns que são superiores aos outros, como por exemplo, a vida e a liberdade. E a garantia pode ser vista como suporte, defesa ou tutela de alguma coisa, que parte de dois princípios, o da legalidade e o da jurisdicionalidade. O termo *garantia* pode ser visto sob vários sentidos. Em sentido amplo, no Brasil, é o sistema de proteção organizado para a defesa dos direitos, tradicionalmente, o sistema judiciário. É a garantia institucional.

Se se analisar em sentido estrito, vêem-se três espécies de garantias nos direitos fundamentais, conforme Canotilho¹³:

- a) garantias-limite: são proibições que visam a prevenir a violação do direito, como por exemplo, a proibição da censura, do confisco; são limites para o poder;
- b) garantias-institucionais: sistemas de proteção organizados para a defesa de direitos; deriva das instituições;
- c) garantias-instrumentais: situam-se entre a primeira e a segunda, vez que são defesas de direitos específicos e ao mesmo tempo provocam a atuação do sistema de proteção institucionalizado. São exemplos o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação de inconstitucionalidade, dentre outros.

Essas três espécies são, portanto, consideradas direitos subjetivos à garantia: *direitos-garantia*.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 372-382.

Os direitos concebidos num Estado de Direito como garantias do indivíduo são invioláveis, indisponíveis e inalienáveis; não é incluído, portanto, o direito à propriedade, vez que a propriedade é alienável.

A democracia substancial se produz mediante a expansão dos direitos e suas garantias, como também através da ampliação do Estado de Direito em vários âmbitos da vida e do poder, de modo que também eles se tutelem e sejam satisfeitos os direitos fundamentais das pessoas. O Estado de Direito resulta do conjunto das garantias liberais e sociais, firmando uma democracia política. O controle da legitimidade pode ser feito através de um discurso jurídico-político (limites do exercício do poder), que se subdivide nos direitos humanos (fundamentais) e nas exigências democráticas (princípios e regras da maioria). Portanto, numa democracia, a regra da maioria é o princípio legitimador do Estado, que está basicamente nas eleições regulares; e os Direitos fundamentais são os limites da democracia.

A transição das garantias constitucionais para as garantias institucionais, criadas pelo jurista alemão Carl Schmitt¹⁴, levam à dúvida se essas como aquelas são os próprios direitos fundamentais. Jorge Miranda diz:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹⁵

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.490.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. p.88-9.

As antigas garantias constitucionais tinham um teor individualista, em que se assegurava ao cidadão o gozo do direito individual, sendo tais garantias superiores às garantias legais ordinárias.

...a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.¹⁶

A garantia institucional é porém maior ou menor nas Constituições de cada País consoante o valor atribuído ou concedido pelo Estado a uma determinada instituição, podendo assim variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada.¹⁷

Numa análise *garantista*, o Estado de Direito engloba o governo que se submete às leis (*sub lege*) e o governo pelas leis ou mediante leis gerais e abstratas (*per leges*).¹⁸ O poder *sub lege* pode ser entendido em dois sentidos: formal de qualquer poder - deve ser conferido pelas leis e exercidas as formas e procedimentos por ela estabelecidos; e em sentido estrito ou substancial, em que o poder é limitado pela lei, que condiciona suas formas e conteúdos.

É o direito à tutela jurisdicional, garantindo aos cidadãos, além do acesso aos Tribunais, toda e qualquer defesa de direitos legalmente protegidos. É a condução para uma solução jurídica de relações controvertidas, num prazo razoável, com imparcialidade do magistrado e segurança de todas as demais prerrogativas do correto funcionamento das regras do contraditório. É a efetividade do devido processo jurisdicional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, eleva os princípios básicos do processo às garantias constitucionais. Tais garantias estão bem elucidadas no seu artigo 5º, no qual é consagrada no seu *caput* e inciso I, a igualdade processual em sentido

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.493.

¹⁷ *Idem*. op. cit. p.496-7.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Para una teoría general del garantismo*.

amplo; a garantia do juiz natural, ou seja, todo litígio será submetido ao juiz a que naturalmente caberia (inciso XXXVII); a segurança ao preso, do respeito à sua integridade física e moral (inciso XLIX); o contraditório, publicidade dos atos processuais (salvo defesa da intimidade ou interesse social) e a ampla defesa (inciso LV); a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI); a presunção de inocência do preso (inciso LVII); a vedação da incomunicabilidade do preso e o reconhecimento ao preso do direito a um advogado (inciso LXIII); a identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial (inciso LXIV); o mandado de relaxamento imediato de prisão ilegal (inciso LXV); dentre outras garantias.

1.3- O Acesso à Justiça como Direito Fundamental Constitucional.

A Justiça pode ser analisada sob dois aspectos: o institucional, ou seja, no âmbito da formação estatal, e o ideal, que é buscado no campo da dogmática. Poder-se-á visualizar as duas justças na seguinte expressão: “A Justiça fez justiça”. Quanto ao segundo sentido de justiça, Kelsen o associa à felicidade social¹⁹. Mas como a felicidade é sentimento subjetivo individual, é questionada a dependência da felicidade, vez que a justiça é satisfeita em relação aos outros.

No Cristianismo vê-se que a justiça é uma qualidade essencial de Deus, sendo transcendental pela própria natureza irracional, incompatível com a razão. Deus se revela em atos e palavras. Antes de Jesus, o povo judeu tinha a justiça como retribuição-punição, recompensa, vingança. Jesus rejeita tal princípio, e a sua justiça está no amor. Seus

¹⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*

ensinamentos baseavam-se no Reino de Deus como reino de justiça aqui na terra, um paraíso. “O Senhor é o juiz dos povos. Fazei-me justiça, Senhor, segundo o meu justo direito, conforme minha integridade.”²⁰

Para Aristóteles “a justiça é a virtude que dá a cada um o que lhe é devido”²¹, sem contudo dizer o que é devido. Tem a justiça como função do Estado, que estabelece uma ordem jurídica a ser aplicada pelo juiz, cujo princípio está no sentido de legitimidade ou igualdade. As virtudes do *justo meio* são mostradas na conveniência de se estar balanceado entre os extremos, seja entre o rico e o pobre ou o gênio e o sem cultura, vez que o Estado considera as pessoas sob dois aspectos: 1) a qualidade (liberdade, riqueza, saber, nobreza), e 2) a quantidade (parte superior em número). É a teoria da justiça como virtude particular ou universal, de natureza exclusivamente social, concernente à repartição de bens entre os homens e tendo como objeto a atribuição a cada um do que é seu (o seu direito), segundo um critério de igualdade. A ética aristotélica é a virtude que corresponde à parte apetitiva da alma, na medida em que esta é moderada ou guiada pela razão e consiste no justo meio entre dois extremos, dos quais um é vicioso por excesso, o outro por deficiência. As virtudes éticas são: coragem, temperança, liberalidade, magnanimidade, mansidão, franqueza e justiça (essa a maior de todas). Sua ética determina o propósito da conduta humana (a felicidade), a partir da natureza racional do homem, e, depois, determina as virtudes, então condições para a felicidade.

Diz Hart que justiça é a mais jurídica das virtudes, sendo um dos pontos da moral²². E a moral, vista sob os aspectos das obrigações e deveres, pode variar de sociedade para sociedade ou de momentos diferentes dentro de uma mesma sociedade.

²⁰ Bíblia Sagrada - Salmo 7,9. p.661.

²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

²² HART, Herbert. *O conceito de Direito*. p.201.

A axiologia de Hessen tem como fundamento o valor espiritual, ligando-o a todas as camadas da realidade, seja da vida ou da alma, opondo-se assim ao Naturalismo e rejeitando todas as doutrinas do Idealismo objetivo²³. Como cristão e católico extremado, parece preferir isolar o espírito do mundo. Ao contrário, Bobbio diz que o pensamento jurídico deve ter uma metodologia voltada para a análise lingüística, que exige disciplina de pensamento e um grande número de informações²⁴. Deve-se ter sensibilidade para mudanças, levando-se em conta o que a sociedade diz, sem escapar à racionalidade de pensamento. O valor como fundamento do Direito, para Bobbio, baseia-se na norma fundamental, que é a norma suprema. Essa “norma suprema” não é expressa e sim pressuposta, para fundar um sistema normativo que dará ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas. Fora disso, a única possibilidade que o filósofo vê para “tentar justificar” o fundamento da “norma fundamental” é fora da Teoria do Direito Positivo, transcendendo o ordenamento jurídico.

A concepção dominante do direito como técnica de organização social é que a teoria do direito e a formação dos juristas baseiam-se num trabalho científico de natureza descritiva e informativa, ou seja, não se fala em aprovar ou desaprovar o direito. Os legisladores, os juristas e os cidadãos processam sobre toda a teoria do direito, menos problemas axiológicos ou políticos sobre a “que” e “a quem” serve o direito. Há muita preocupação em formar especialistas nos vários ramos do direito e pouca preocupação por formar juristas críticos capazes de resolver problemas concretos.

As circunstâncias da justiça são verificadas, quando certos interesses conflitantes quanto à divisão das vantagens sociais, em situações objetivas (poucos recursos, tornando supérfluos os esquemas de cooperação), encontram-se em escassez moderada. Dessa forma, é

²³ HESSEN, Johanes. *Filosofia dos valores*. p.130.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p.49-63.

visto que as pessoas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício de outros, havendo restrições ao conceito de justo.

E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao seu próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção;...²⁵

Segundo Linares, o direito é conduta, cujo entrelaçamento de valores, como solidariedade, cooperação, poder, paz, seguridade, ordem, e no valor “racionalizador” que engloba todos os outros: a justiça, são os que satisfazem a exigência de bilateralidade²⁶. A justiça é um valor de totalidade, acompanhando todos os outros valores, sendo a melhor possibilidade de entendimento dentro de uma situação com várias formas possíveis de *entendimento societário*.

Para Perelman a justiça é o valor central das relações entre homens, seja no direito ou na filosofia política, na moral ou na religião. Dessa forma, deve-se tratar o ato justo, a regra justa e o homem justo. No plano do ato, só é justo se estiver conforme a aplicação correta de uma regra. A regra é a igualdade. “Essa é a concepção formal de justiça, à qual seu próprio formalismo confere uma estrutura lógica, que favorece a dedução correta e, mais particularmente, o uso do silogismo: o que vale para todos os elementos de uma categoria se aplica a tal elemento dessa categoria.”²⁷ E, o homem justo, é designado aquele que aplica ao seu semelhante as mesmas categorias que a si próprio.

Aquino diz que, entre todas as virtudes, a justiça é vista de maneira distinta das outras, podendo se completar partindo de três cardinais diversos, quais sejam, a vontade de

²⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p.89.

²⁶ LINARES, Juan Francisco. “Razonabilidad de las leyes el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina”. p.110.

²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p.69.

justiça, a fortaleza e a razão²⁸. O direito, positivo ou natural, é tido como objetivo da justiça, e a justiça é descrita como ato voluntário, constante e firme. O direito pode adequar ao homem em dois sentidos: pela natureza das coisas (natural); e por convenção (direito positivo). Quanto à objetividade do direito é feita uma diferença, dita fundamental, entre as virtudes morais e a virtude de justiça. Nas primeiras, há uma adequação, como justa medida, ao objeto; a segunda, estabelece igualdade com a coisa anteriormente recebida.

A ética e a justiça andam entrelaçadas. Não existe nada pronto e acabado em relação aos seus conceitos, não se podendo falar do que seja certo e definitivo. Entretanto, pode-se apresentar diversos pensamentos, que envolvem tais palavras, cheias de sentido subjetivo e por vezes dúbio.

No campo filosófico, a ética considera a justiça como virtude moral, enquanto a axiologia a trata como valor.

A sacralização das normas éticas fundamentais ou sua sanção transcendente visam assegurar a eficácia da sua transmissão que tem lugar, não no campo contingente do simples acontecer, mas no tempo axiologicamente estruturado do dever-ser: no tempo propriamente histórico da tradição ética.²⁹

Na *Suma Teológica*, num contexto teológico-moral, desenvolveu-se uma doutrina da justiça como virtude cardeal (de cada um), de índole social. A razão moral *tomista* supera o formalismo puro, mostrando que a forma racional, a universalidade e o conteúdo absoluto são indissociáveis. A ética é um comportamento humano ideal para a finalidade da justiça; e a justiça é virtude, sendo notas características dessa, a alteridade (colocar-se ou constituir-se como outro), a exterioridade, a obrigação e a igualdade (sempre dizendo respeito ao outro). Aquino tem Deus como fundamento da moral; o fim é Deus, Ele próprio. Os princípios gerais da moral são assim delineados: 1) a determinação de Deus como Bem absoluto e finalidade

²⁸ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma teológica*. p.459.

²⁹ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia II - ética e cultura*. p.18.

última do agir; 2) o critério da conveniência com a reta razão como constitutivo do valor moral; 3) o “juízo prudencial” que, pela mediação da ciência moral, se liga à *sinderelis*, entendida como conhecimento dos primeiros princípios morais.

E, de uma forma geral, os princípios que regem a moral podem ser assim denominados: 1) generalidade; 2) costumes de um povo ou de uma coletividade; 3) mutabilidade dos costumes (condições econômico-sociais); 4) aceitabilidade (tendendo sempre ao aperfeiçoamento do homem).

A *justiça* pode se dividir em três espécies, conforme o critério da alteridade: *justiça comutativa*: respeita as relações recíprocas entre os membros da sociedade; *justiça distributiva*: concernente aos deveres da sociedade (na distribuição dos bens comuns) para com os seus membros; *justiça geral ou legal*: atinente aos deveres dos membros da sociedade para com a sociedade. É assim chamada, respectivamente, porque ordena as demais virtudes éticas ao bem comum e porque à lei compete regular a realização deste.³⁰

Alguns autores têm a ética e a moral como sendo sinônimas. Entretanto, vários conceitos de estudiosos do Direito dizem o contrário. A ética contida em a *República* e em *Filebo*³¹ diz respeito à ciência do *fim*, para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem. A *República* é uma ética das virtudes, e as virtudes são funções da alma determinadas pela natureza da alma. A ética em *Filebo* começa definindo o bem como forma de vida, que mescla inteligência e prazer, e sabe determinar a medida dessa mistura. A *justiça platônica* tem uma visão universal, com dimensões psicológicas, éticas, políticas e jurídicas. Assim é, tanto no indivíduo humano, como na sociedade política, a conjugação e suma das várias virtudes morais.

³⁰ AQUINO, Santo Tomás. *Suma teológica*. p.460.

³¹ Diálogos de Platão (428-7 a.C. – 348-7 a.C.). Filósofo grego.

Chauí tem a ética como o estudo dos valores morais (as virtudes), da relação entre vontade e paixão, vontade e razão, finalidades e valores da ação moral; idéias de liberdade, responsabilidade, dever, obrigação, ... - estudo das condições de possibilidade de ação moral, enquanto realizada por liberdade, por dever³².

Os juízos éticos do valor são “normativos”, isto é, enunciam normas que determinam o “dever ser” dos sentimentos, atos e comportamentos; o que são o bem, o mal, a felicidade. Os juízos éticos normativos dizem que sentimentos, intenções, atos e comportamentos se deve ter ou fazer para alcançar o bem e a felicidade.

A justiça e a moral não se podem dissociar, identificando-se, e não se contrapondo. A simples existência da moral não significa a presença explícita de uma ética, entendida como filosofia moral, por ser a ética mais ampla, abrangendo uma reflexão que discute, problematiza e interpreta o significado dos valores morais; uma conduta individual personificada.

A moralidade e a eticidade são tratadas por Hegel: vê-se a moralidade como ação a partir dos conceitos de bem e de mal, no contexto de um pensamento ainda marcado pela dicotomia kantiana³³. A eticidade ou vida ética supera o formalismo kantiano, introduzindo a vivência de conteúdos institucionais. Se a liberdade como moral põe o homem como sujeito, a passagem para a vida ética dá à liberdade a riqueza de uma vivência que atravessa, ela também, múltiplas mediações. Essas devem ser analisadas na sua progressão dialética: família, sociedade civil ou reino do trabalho e Estado.

Só conhecemos os homens quando conhecemos os critérios de valoração a que eles obedecem; é destes que dependem, em última análise, o seu caráter e o seu comportamento em face das situações da vida.³⁴

³² CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*.

³³ Friedrich Hegel (1770-1831) e Emmanuel Kant (1724-1804). Filósofos alemães.

³⁴ HESSEN, Johan. *Filosofia dos valores*. p.24.

Antes de mais nada o homem deve conhecer os seus valores, nos quais a consciência moral são os verdadeiros segmentos éticos ligados ao sentido de sua vida, como um ser social que é. Desenvolve-se, assim, a cultura humana, que é a realização de valores, atos e criações do homem, cujo processo histórico é visto como essencialmente espiritual.

O direito diz respeito aos condicionamentos e limitações de liberdade na vida social. Mas, para Calera, existem outras razões menos profundas, como por exemplo, o processo de “juridificação” da vida social e individual, nas últimas décadas, que obriga o povo a dar um novo sentido ao direito. Há muito direito para muitas coisas e isso faz com que se deva repensar suas funções e as da justiça. O aumento das formas de atuação pode comprometer o que se entende por justiça. E, ainda, saber como existe o direito e como se pensa o direito pode ser interessante para as políticas legislativas dos Estados e para os juristas na aplicação do direito nos casos concretos.

Mas, como salienta o autor, o desencanto do direito pode ser também por causa da excessiva formalização, a qual preside a resolução jurídica dos conflitos sociais, que se encontra sobrecarregada e esgotada pela complexidade das normas jurídicas na aplicação dos casos concretos.³⁵

Critica-se, pois, a “juridificação” ou “maré legislativa”, que diz respeito a essa ampla quantidade de lei existente, em que o Direito controla toda a vida do homem, desde o nascer até a morte, o que resulta numa “colonização jurídica”, denominação dada por Jürgen Habermas, que são os efeitos positivos e negativos de tanta legislação.³⁶ A intervenção do Estado Social de Direito ou do Estado intervencionista que afeta o mundo econômico e alguns privados generalizados (relações de trabalho, saúde e educação) tem sido positiva, embora

³⁵ CALERA, Nicolás M. López. *“Derecho y teoría del Derecho en el contexto de la sociedad contemporánea”*.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *“Factilidad y validez”*.

haja uma “colonização interna”, invadindo, por vezes, a liberdade e os sentimentos do cidadão que deveriam estar isentos de toda regulação coativa - são os efeitos negativos.

Um ato é injusto se não é conforme à regra de justiça, a não ser que se justifique o desvio em relação a essa regra com considerações de equidade. Uma regra é injusta quando é arbitrária, quando constitui um desvio injustificado em relação aos costumes e aos precedentes, quando introduz distinções arbitrárias. Uma distinção é arbitrária quando não é justificada racionalmente. (...) Aqueles que aspiram a mais justiça nas relações humanas devem estar prontos para levar em conta todas as acusações de parcialidade proferidas a seu respeito. À míngua de critérios impessoais, suas teses filosóficas fornecem a justificação suprema das convicções e das aspirações do filósofo, sua última palavra em questão de racionalidade e de justiça. Mas, em filosofia, não há coisa julgada.³⁷

A justiça é a mais jurídica e a mais pública das virtudes, mas não exaure em si a idéia de moral, sendo esta caracterizada como “algo” existente para ser reconhecido e não feito por opção humana intencional. E a justiça social está sempre abrangendo ou sobressaindo à justiça pessoal.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história dos últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, dentre outros fatores. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer pode-se imaginar, provando que não existem direitos fundamentais por natureza. O que é fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

³⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p.205-6.

A expansão dos direitos dos cidadãos (maximizando as liberdades), juntamente com os deveres do Estado (minimizando os poderes) formam um todo único num Estado Social de Direito, advindo de uma democracia social. Não há de se conceber uma norma despida da realidade, nem a realidade esvaziada do elemento normativo. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A essência é a vigência, com a situação a ela regulada e concretizada na realidade.

A pretensão de eficácia não pode ser separada da realidade, das condições históricas de sua realização. O que se verifica é que tanto a norma quanto a realidade têm regras próprias. Devem ser analisadas as condições econômicas, naturais, técnicas e sociais, além do substrato espiritual de um povo. Os valores morais que um povo traz consigo influenciam na pretensão de eficácia da norma jurídica, na conformação, no entendimento e na autoridade das proposições normativas.

Pelo poder da eficácia é que a Constituição imprime ordem e conformação à realidade política e social. Realidade e normatividade são diferenciadas, sem serem separadas ou confundidas. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. A Constituição jurídica está ligada à realidade de sua história que, ao mesmo tempo, dita a forma e a modificação dessa realidade política e social, com força de vontade de constituição. Mas, como tudo, há limites, cujos problemas surgem em grau de emergência e necessidade.

Embora a Constituição Federal tenha valorizado e respeitado os direitos e garantias individuais, no que diz respeito aos sociais, não houve avanço considerável. Teria caminhado mais se fizesse intangíveis, dentro da normatividade constitucional, aqueles direitos fundamentais já consagrados, que regem as relações mútuas entre o trabalho e o capital.

O problema dos direitos fundamentais é mais jurídico e político do que filosófico.

O que importa é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, não obstante as solenes declarações, eles sejam continuamente violados. Poder-se-á dizer que o direito básico é o direito ao direito: o direito ao modo jurídico de regulação social, a um modo civilizador de solução dos conflitos. A discussão em torno do acesso à Justiça insere-se nesse contexto.

O acesso à Justiça é direito indeclinável tanto por tratados internacionais como pela via constitucional pátria. A consciência dos povos está sendo cada vez mais despertada para a dimensão social do processo. A expressão “acesso à Justiça” ou “garantia de acesso à Justiça” pode ser analisada sob muitos aspectos, seja quanto à acessibilidade econômica e à técnica da Justiça, seja quanto ao direito à assistência judiciária e jurídica ou o direito à segurança pessoal e, como definido pelo artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, quanto ao direito a um recurso útil. Direitos e garantias constitucionais dizem respeito, de qualquer forma, ao acesso à Justiça.

A garantia aos cidadãos do direito a procedimentos judiciais céleres e com prioridade para a defesa de direitos fundamentais, em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos, é prova da atualização da proteção constitucional concedida aos direitos pessoais. A deficiência do acesso à Justiça está ligada, basicamente, a problemas sociais, políticos e econômicos dos próprios países. Em nível internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, tem-se preocupado em apurar casos de violação de direitos fundamentais do indivíduo.

As mudanças de mentalidade, no decorrer de todos os tempos, são as maiores responsáveis pela evolução dos direitos dos cidadãos. Mas ainda há muito o que evoluir e transformar no âmbito dos direitos. A viabilização da efetividade do processo, como meio de

acesso à Justiça, nos moldes da razoabilidade, é a aspiração constante nos ávidos por justiça. Essa fase é o que Dinamarco chama de “fase instrumentalista”.³⁸

Os direitos fundamentais, como formadores e resultantes da consciência cidadã, urgem pela sua efetividade no tempo presente, não obstante as alterações advindas com a evolução ética e cultural, em que o zelo pelo acesso ao Direito deve ser explicitado de forma que leve a uma interpretação social direta e eficiente aos povos, sujeitos de direitos e obrigações, podendo chegar desta feita ao acesso à Justiça, no seu sentido mais amplo, abrangendo as leis justas para o povo, o ingresso no Tribunal por ações judiciais e a concretização dos caminhos jurídicos e técnicos disponíveis a todos. Com essa trajetória viável, desembaraçada e justa concretizar-se-ão os anseios civis, políticos ou morais de seu titular, evoluindo pela verdadeira vontade e espírito do princípio da igualdade e da própria Constituição.

1.4- Jurisdição e o Princípio da Igualdade Constitucional.

A história da humanidade foi marcada, por longa data, pela certeza de que os homens eram desiguais. Somente a partir do século XVII surgem as primeiras sustentações da idéia de igualdade entre os homens, não se contando o plano divino. Era um novo modelo de Estado.

Os direitos do homem, portanto, já passaram por gerações diversas, como enunciado anteriormente, desde os acontecimentos políticos dos séculos XVII e XVIII,

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*.

principalmente. Tais direitos devem consistir em verdadeiros pilares em busca do seu reconhecimento e respeito. A lei e a Justiça são direitos que devem ser garantidos aos cidadãos perante todo e qualquer tribunal, por toda sociedade organizada e justa. A igualdade, hoje em dia, não se esgota na justiça, mas são incluídas outras valorações, tais como o valor da pessoa humana em si mesma. As várias dimensões pelas quais se analisam os direitos do homem integram o discurso da cidadania, que por sua vez, tem na igualdade a sua base sustentadora. Historicamente, o acesso aos direitos de cidadania sofreram evolução, embora sempre estejam sujeitos a isso.

A conquista de mais direitos civis, políticos e sócio-econômicos mostra uma relação de força da sociedade frente ao Estado, buscando realizar e unir a teoria do discurso do Direito à sua prática. Isso é fortalecido a cada nova conquista dentro de um país, que se enriquece expandindo idéias, formas e fórmulas para os outros países abertos ao Direito, facilitando a Justiça para os cidadãos. Praticamente em todas as constituições mundiais está assegurada ao homem a igualdade de direitos, mesmo sabendo que os homens já nascem tão desiguais. Entretanto, deve-se acreditar na capacidade de mudança para o bem, em prol de uma sociedade mais digna.

As soluções legislativas deverão ser atualizadas e deverão ser criadas condições institucionais e práticas para responder às necessidades de socialização. A igualdade de oportunidades de acesso ao sistema de Justiça, sem a qual não se pode falar de uma justiça democrática, implica em atitudes justas e cidadãos revestidos do devido apoio judiciário.

A democratização da Justiça está expressa na Constituição Federal quando garante a igualdade e a liberdade para todos, corrigindo certos problemas quanto aos direitos humanos, até então existentes entre conflitos de artigos convencionais e dispositivos constitucionais. A redução das desigualdades sociais deve ser um dos objetivos da humanidade na promoção do bem comum, eliminando quaisquer formas de discriminação.

Reforça-se que as garantias, advindas da maioria das constituições, estão diretamente comprometidas com a fundamentação do Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica desse Estado é que permite o bom desenvolvimento civilizatório. É a cultura de um povo que faz a segurança jurídica.

A justiça será mais efetiva na proporção em que os conflitos sociais forem mais e melhor solucionados, em conformidade com os preceitos constitucionais. O direito à adequada tutela jurisdicional diz respeito ao próprio direito material e social.

Diz o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todos são iguais perante a lei e têm, sem distinção, direito de igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra toda discriminação que infrinja esta Declaração e contra toda provocação a tal discriminação.³⁹

A idéia de uma democracia social é que leva aos questionamentos relativos ao acesso à Justiça, visto como caminho processual aberto a todos, indistintamente. No Estado de Direito, o princípio da igualdade perante a lei ou da isonomia é elemento essencial e resultado de reivindicações advindas da Revolução Francesa e outras revoluções liberais, como já fora dito, que lutavam pela abolição dos privilégios de indivíduos ou grupos.

Quando se diz igualdade, não se quer afirmar que não tenha distinção no tratamento jurídico. Pelo contrário, para que haja igualdade faz-se necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Embora possa derivar a dúvida em certos casos de quem seja realmente os iguais e quem os desiguais. A diferenciação deve levar a uma maior e melhor proporcionalidade da aplicação da lei, para que o sistema não incorra em injustiças e discriminações. Não se pode dizer, também, que se está a dar mais direitos para

³⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217-A, da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, ratificada pelo Brasil na mesma data.

alguns, mas, mais armas para garantir os direitos dos desiguais, tidos como menos privilegiados.

O que é novo no esforço recente, no entanto, é a tentativa, em larga ~~escala~~, de dar direitos efetivos aos despossuídos contra os economicamente poderosos: a pressão, sem precedentes, para confrontar e atacar as barreiras reais enfrentadas pelos indivíduos.⁴⁰

A igualdade pode ser vista como substancial ou formal. A primeira, também chamada material, é a equiparação de todos os homens quanto a direitos e deveres. Como é de difícil efetivação, nunca se realizou nas sociedades humanas. A igualdade formal é a encontrada em quase todas as constituições; consiste em não ser o cidadão desigualado pela lei.

O princípio da isonomia pode ser lesado quando inclui na norma, pessoa que não deveria estar ali, como também por não incluir quem deveria estar. Como exemplo, pode ser citado que não se deve tratar o menor da mesma maneira que o maior, ou, de forma mais ampla, o capaz e o incapaz por qualquer dos motivos de incapacidade. A complexidade do princípio da igualdade o levou a deixar de ser tratado tecnicamente, como um direito individual qualquer. Esse princípio tornou-se informador e condicionador dos demais direitos, garantindo ao indivíduo a boa utilização da ordem jurídica. É o mais vasto dos direitos fundamentais.

O equilíbrio entre o meio e o fim, zelando os aplicadores da lei pela proporcionalidade e razoabilidade, leva a uma justiça legal e social, primada pelo princípio da separação de poderes, que é a garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista.

A Constituição Federal é mais técnica e de melhor qualidade quando se refere ao princípio da isonomia, vez que não expressa quais os critérios vedados, mas usando a

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p. 94.

expressão “sem distinção de qualquer natureza”. Não limita situações, mas garante uma melhor e mais vasta interpretação da ordem jurídica. Novas garantias constitucionais processuais advieram com a Constituição Federal, como por exemplo: o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e o “*habeas data*”.

No princípio da igualdade a lei deve ser aplicada de modo geral para todos os cidadãos; um tratamento uniforme de todos os homens. A igualdade deve ser analisada na aplicação e na criação do Direito, pressupondo um juízo e um critério de valoração justos, cuja necessidade de qualificação implica num minucioso processo de comparação.

No *Estado de Direito* o princípio da igualdade leva a um *Estado Social*, de dignidade social. A universalidade deve ser observada por tratar de *direitos de todos*. O governo deve apresentar um direito respeitável para que seja respeitado, tomando os direitos a sério e com seriedade.

...a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (‘apoio judiciário’, ‘patrocínio judiciário’, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparo), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos...O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.⁴¹(*sic*)

A tutela judicial deve estar presente sempre que uma pessoa física ou jurídica veja um seu direito fundamental (ou não) violado, para que seja reparado ou restabelecido. Na jurisdição e no seu envolvimento com a justiça, sabe-se que o magistrado adota princípios de conduta dele próprio no exercício de suas funções. A ética judiciária constitui a essência da ação do juiz, que deve ser instigado a adotar um comportamento conforme o interesse geral, fortalecendo o desenvolvimento de sua própria ética, aplicando e controlando melhor o

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p.468.

direito. A prudência e a sabedoria devem ser as suas melhores conselheiras, equilibrando situações díspares e compromissando com a maior abertura do acesso à Justiça.

O ideal de justiça é visto de diversas maneiras. O juiz tem sob sua competência jurídica um território para exercer as suas funções. Nessa jurisdição será refletida e se verá o resultado do grau de justiça que parte de sua autoridade.

O desencantamento do direito como fenômeno social pode ser explicado pelo fato de se descobrir que o Direito não é o que dizem ser, uma realidade normativa e moral a serviço da Justiça. Os métodos para o êxito de uma ordem social mais justa parecem não ter fundamento numa natureza jurídica, podendo ir desde movimentos sociais, desobediência civil ou até mesmo ao não-direito, como as máfias organizadas.

Entretanto, consubstanciados nos princípios constitucionais pátrios, devidamente inseridos na Constituição Federal, os cidadãos vêem os seus direitos fundamentais vislumbrados. A igualdade é expressa e a esperança é depositada na tutela jurisdicional, chegando ao direito de julgar dos magistrados. Portanto, os princípios constitucionais, verdadeiros baluartes dos interesses fundamentais de cada cidadão, mostram a força de seus enunciados quando confrontados com a realidade social e o modo de agir do Poder Judiciário. Daí o acesso à Justiça, como um de seus princípios, ser essencial na concretização das obrigações do Estado. Este se apresenta de maneira ampla quando oferece uma assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem carência financeira.

Capítulo II – As Assistências Judiciária e Jurídica.

2.1- Poder Econômico e Informação.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 1988, trouxe ampliação à *assistência judiciária* dada às pessoas economicamente carentes, passando a tratar-se de *assistência jurídica*. Ela é concedida pelo Estado, atestada por simples comprovação de pobreza, podendo inclusive ser tão-somente verbal, com a afirmação de que não há meios suficientes para arcar com o custo do processo, sem prejuízo próprio ou familiar. O acesso aos serviços da Justiça daquelas titulares é, prioritariamente, desenvolvido pela Defensoria Pública, mas ainda, pelo representante do Ministério Público, pelos Núcleos de Prática das Universidades ou por profissionais liberais. Essa assistência tem como maior problema a aplicação da própria Justiça, assegurando aos desafortunados condições para que possam satisfazer as suas pretensões, haja vista o alto custo dos trâmites processuais, sendo válidos seus direitos.

O acesso à Justiça pelos menos privilegiados economicamente se agrava pela falta de informação do direito, que é obstáculo em todos os sistemas jurídicos. Com isso, o direito judiciário apresenta dificuldades maiores que o direito legislativo, haja vista a existência, por vezes, de legislação para o que se aspira, mas a concretização do direito quando tem que passar pelo judiciário não alcança o *espírito da lei*. Cappelletti amplia o alcance da Justiça,

dando ao juiz poder criador de direito.⁴² Os juízes, pela função que exercem, devem sempre se inclinar para essa realidade da vida social, uma vez que são de direito iguais oportunidades de acesso aos tribunais.

A necessidade de ação em favor próprio ou do outro é sempre ressaltado por quem respeita direitos. Daí o tema *justiça* ser tão discutido desde os primórdios da humanidade. A justiça pode ser remetida às leis, mas também à conduta dos legisladores para se chegar às mesmas, podendo resultar em justas ou injustas. Entretanto, o que por vezes se vê é uma administração voltada para interesses não abertamente confessáveis, na qual uma grande parte de pessoas desconhece a existência das leis, o que leva ao não reconhecimento da injustiça, quando alvo desta.

Levando em consideração toda a linha filosófica de Dworkin vê-se a complementação da moralidade com a filosofia, em que o direito equilibra-se na igualdade de tratamento.⁴³ Contrário ao positivismo, Dworkin critica a normatização pura como resultado satisfatório para a verdadeira justiça, por não facilitar o seu acesso. A moral deve ser a base interpretativa do Direito, para que se aproxime o quanto mais do desejo individual de quem espera justiça.

A igualdade e a equidade são dois critérios que poderão ser vistos como essenciais, quando se pensa em justiça no âmbito ético. A visão crítica das leis é necessária ao cidadão para que ele tenha melhores condições de lutar por seus direitos, sendo importante o valor de *justiça* em sua formação. A população sem recursos financeiros, de uma maneira geral, é desprovida de conhecimento sobre seus direitos e aqueles que também têm uma noção deles, não sabem como e até onde podem usufruir de tais direitos. A informação precisa e correta deve ser levada a público, para uma melhor aplicação da Constituição da República

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* p.84.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*.

Federativa do Brasil, de 1988, mais especificamente, para a matéria em estudo, combinada com as demais legislações pertinentes. Segundo ela:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LXXIV- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; ...⁴⁴

O problema da desigualdade sócio-econômica, que se coloca à frente do efetivo acesso à Justiça, mostra que a população carente de recursos financeiros não possui sequer a quantia necessária para a formalização de documentação e material extrajudicial essenciais para a composição do futuro processo judicial ou até mesmo para agilizar processos administrativos, notariais e de tabelionatos em geral. O número de pessoas excluídas dos serviços judiciais é grande frente aos inevitáveis gastos com a obtenção de documentos e possíveis perícias. A remuneração salarial de grande parte da população brasileira é fator impeditivo relevante na condução de direitos.

A pessoa de menor poder aquisitivo é tratada, muitas vezes, como um ausente na ordem jurídica. É vista, na maioria dos casos, como sendo um ser duplamente marginal: primeiro, por estar à margem de direitos e, segundo, quando, por ventura, venha a se tornar um criminoso.

A informação de direitos propriamente dita não poderá ser efetivada direta e exclusivamente pelas normas processuais, ressaltando a importância da implantação das Defensorias Públicas nos moldes constitucionais, proporcionando a orientação jurídica ali estabelecida, o que ainda não se realiza integralmente.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 5º, inciso LXXIV.

O ensino de Direito deve aprofundar-se na doutrina, nos princípios gerais de Direito, na argumentação jurídica e em estágios supervisionados, mostrando aos estudantes não o imediatismo da profissão, mas a valorização dos conhecimentos científicos aplicados na realidade, sob uma ética absoluta, para que a interpretação das leis não seja mais política do que social, prejudicando grande parte da população. A assistência jurídica de boa qualidade é imprescindível ao acesso à Justiça, para que o natural e positivo direito se torne realidade.

Uma sociedade com bem-estar social atribui à Ética um papel direcionador da igualdade, da liberdade e conseqüentemente de um direito justo. A crise em que se encontra o Brasil não se resume ao econômico, mas muito especialmente se deve ao cultural, pois padrões éticos são ignorados ou dissolvidos, desestruturando famílias, ambientes de trabalho e sociais, esvaziando o sentimento de solidariedade. O abandono dos valores éticos cria situações alarmantes, como violações dos direitos humanos, trabalho escravo, crimes ecológicos, e tantos outros danos contra a humanidade.

O valor ético, ressaltado neste estudo, é tido como a parte mais importante do Direito. Entretanto, a ética é vista nos cursos de Direito, na maioria das vezes, tão-somente como análise do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, e não como ciência que deveria sustentar todo o *curso*, levando à formação de técnicos e não de juristas. Os futuros advogados, juizes, delegados, promotores, oficiais de justiça, legisladores, etc. perdem o valor do significado da união Direito-Justiça.

A exclusão é vista nas relações sociais de emprego, lazer, atendimento médico-hospitalar, no campo, em função da raça, das condições físicas, da idade e da vida sócio-econômica. Mas o grande preconceito no Brasil é com relação ao pobre. A esperança é a Justiça. O pobre quando constitui um advogado entende que encontrou alguém que caminhará com ele, dando-lhe apoio e segurança.

O real valor dado à dignidade da pessoa humana desde a concepção é oferecer-lhe moradia, saúde, escola e segurança. Isso equivale a uma mudança de mentalidade, laborando para uma convivência pacífica, com distribuição de renda, criação de condições sociais adequadas e efetividade das leis. Equivale, também, a aprender a conviver na diversidade, seja religiosa, cultural ou social, preservando a consciência ética e dando um basta à corrupção e à impunidade. Criar um “espírito” de boa vontade para maior acesso à Justiça e uma sociedade sem miséria. A comunicação eficiente aos cidadãos dos direitos a eles atribuídos está intimamente ligada à facilitação de se estar em juízo.

Se se partir da observância do *princípio da igualdade* vê-se claramente uma imposição ao legislador no sentido de criarem condições sociais para assegurar uma real e equivalente dignidade social sob todos os âmbitos, caracterizando, dessa forma, uma verdadeira democracia econômica e social. A democracia deve oferecer aos cidadãos uma abertura de participação, elevando os elementos da igualdade constitucional na aplicação e na criação do direito. São de todos os cidadãos os direitos fundamentais, sendo *princípio do Estado social*, juntamente com o *princípio da universalidade*. Princípios constantes do texto constitucional são, portanto, direitos positivados, que aguardam a sua concretização.

A legitimação dos direitos constitucionais deverá ser analisada sob o único ângulo da imposição da efetividade desses direitos, abarcando uma proteção eficaz e tempestivamente razoável.

...a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (‘apoio judiciário’, ‘patrocínio judiciário’, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparo), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos...O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.⁴⁵ (sic)

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.468.

É lamentável que o pobre quase que só conheça a Justiça como réu em ação criminal. A melhoria da qualidade de vida dos excluídos do acesso à Justiça, por motivos econômicos e ignorância de direitos, deve liderar os anseios de uma ação social condigna, provocando uma responsável aplicação da lei nas desigualdades sociais, porque o nível de insatisfação da comunidade é alto. Não há que se caracterizar necessariamente uma opção pelos pobres, como deve ocorrer com a Defensoria Pública e com outros “defensores públicos” de toda espécie, mas uma preocupação com a real condição de vida de grande parte dos habitantes do Brasil, equilibrando a balança da Justiça.

A informação pode ser adquirida de várias fontes. A Defensoria Pública é a mais estatal de todas, mas exige-se, ainda, uma comunicação eficaz, como foi dito anteriormente, dos representantes do Ministério Público, das universidades, das autoridades como um todo e de qualquer representação social, profissional, religiosa e cultural. A educação converte e resgata princípios e garantias constitucionais. O aumento da qualidade de vida, que é o próprio desenvolvimento do ser humano, está incluso na expansão dos direitos fundamentais.

O representante do Ministério Público, por exemplo, tem como maior destinatário dos seus serviços o público em geral, portanto, nada mais comum que o atendimento amplo àquele que efetiva a sua função institucional. Entretanto, a população não tem idéia de todo o serviço que poderá ser prestado pelo Ministério Público em seu benefício. A informação do dever de atender aos necessitados deve chegar mais efetivamente ao povo.

O Estado, pelo juiz competente da causa, não pode indeferir o pedido de assistência jurídica gratuita sem especificar os motivos pelos quais o faz, nem pode simplesmente dizer que havia sinais que exteriorizavam algum patrimônio. A pessoa não tem que ser miserável. Quanto às pessoas jurídicas, os tribunais têm entendido, atualmente, que só cabe a assistência jurídica se se tratar de entidades beneficentes.

A democracia deve significar um governo voltado para os interesses de um conjunto constituído pelo povo e não de uma minoria ou maioria qualquer. A parcela populacional excluída de uma melhor qualidade de vida impõe uma atuação mais eficaz das funções públicas, concretizando a aplicação da lei como atenuadora das desigualdades sociais.

A observância de princípios constitucionais, abordados anteriormente neste estudo, quais sejam, a moralidade, a legalidade, o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, são sempre relevantes em qualquer função pública. A auto-aplicabilidade deles está no sentido de unidade jurídica, com vistas na efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Se se lembrar da *função de prestação social* dos direitos fundamentais, citada no Primeiro Capítulo, chegar-se-á, mais uma vez, na obrigatoriedade do Estado em proporcionar a educação, informação e cultura, acrescentando-se a discussão sobre a questão econômica dos desprovidos de recurso; para a efetividade do que o conhecimento teórico e fático de seus direitos lhes oferecem.

2.2- Assistência Jurídica Preventiva e Extrajudicial.

O objeto deste estudo se resume na assistência judiciária e jurídica da última década no Brasil, sustentada constitucionalmente, a prática de sua acessibilidade à Justiça e noções de outros mecanismos que facilitam e agilizam chegar-se à Justiça institucional e ideal, com fundamentação jurídica e informações política e sociológica.

A assistência jurídica e o acesso à Justiça, devido a sua efetiva função social, suscitam uma reflexão sobre o real exercício de um Direito Constitucional, enunciado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O cidadão deve ter consciência de seu papel de agente da história, e os fatos sociais deverão estar em sintonia com o seu conhecimento e sua vontade. A participação da sociedade brasileira nas metas e realizações sociais democratiza-se, ainda mais, quando há uma descentralização das decisões, a começar pelos municípios.

A Constituição Federal é legítima, mas questiona-se a sua eficácia. De forma delimitada, visando tão-somente a assistência jurídica e o acesso à Justiça, vê-se o valor que deverá ser dado aos procedimentos da sociedade civil, no propósito de pressionar os políticos e demais agentes responsáveis em prol do bom serviço público, consolidando a democracia e amenizando os problemas sociais. A importância e a preocupação com esse assunto está no que virá a ser a assistência jurídica, se aplicada à população carente, nos moldes constitucionais.

...a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas.⁴⁶

Antes do dispositivo constitucional, constante no artigo 5º, inciso LXXIV, a assistência gratuita aos carentes era limitada ao judiciário, como já fora dito anteriormente, o que agora se expandiu, sendo levado para o campo jurídico. Entretanto, tendo passado mais de uma década da promulgação da Constituição Federal, muitos estados brasileiros sequer possuem um projeto de lei que busque regulamentar a Lei Complementar n.º 80 de 1994, que trata da organização das Defensorias Públicas.

A maneira pela qual o Estado tenta dar efetivo exercício de direito ao cidadão, reconhecidamente pobre perante a lei, é através dessa assistência jurídica gratuita, que é uma forma de atenuar (e não resolver) o problema. Contudo, como o grau de assistência se ampliou, ainda que teórica e formalmente, saindo do âmbito do *judiciário* para o *jurídico*,

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p.143.

deve-se abranger de maneira integral as fases pré e extrajudiciais, através de uma justiça preventiva e extrajudicial. Isso indica que pode ser dada uma interpretação mais ampla à Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei n.º 1.060 de 1950). Incluem-se aí, além das custas processuais, honorários advocatícios, despesas com publicações e perícias, o direito a consultorias, assessorias e representação junto à administração pública. Também essa Lei que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária, hoje jurídica, aos necessitados, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, faz com que o seu artigo 12 seja questionado, pela não reportação constitucional ao mesmo. Diz o artigo:

Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.⁴⁷

A grande diferença está que, anteriormente, todo aquele que estivesse sob o pálio da gratuidade da justiça, se condenado à sucumbência, as despesas permaneciam vigentes até cinco anos do término do processo. Após, estariam prescritas. Com a Constituição Federal de 1988, se se obtiver o benefício, não há que se falar em despesas futuras; a pessoa beneficiada fica definitivamente liberada das despesas processuais, mesmo que ocorra mudança em sua fortuna. A Constituição, que enuncia uma assistência jurídica *integral*, não se reportou à Lei n.º 1.060/50 e conseqüentemente ficou sem aplicação o artigo 12 dessa mesma Lei. Não há que se falar em sucumbência de vencido, que é beneficiário de assistência jurídica, pela inconstitucionalidade de tal artigo. Entretanto, não há unanimidade sobre esse entendimento, pela não aceitação do *espírito* da legislação sob a interpretação da Constituição Federal.

⁴⁷ BRASIL. Lei n.º 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que trata da *Assistência Judiciária Gratuita*, artigo 12.

O direito a uma tutela jurisdicional efetiva não diz respeito tão-somente ao acesso aos tribunais, mas muito especialmente à defesa de direitos legalmente protegidos, seja anterior a um possível processo ou totalmente desvinculado de uma ação judicial. Para os direitos sociais a intervenção estatal é absolutamente necessária à realização dos próprios fins do Estado, caracterizando a norma jurídica a qualidade de estar sendo cumprida pelas garantias estatais. Faz-se urgente, portanto, buscar um mecanismo rápido e eficiente, inclusive sem custos, para uma prestação jurisdicional de massa. O investimento em soluções consensuais e extrajudiciais, liminares obrigatórias em maior número nos processos, sanções nos recursos meramente protelatórios, dentre outras sugestões, seriam as possíveis soluções para amenizar o problema do congestionamento da Justiça ou da *litigiosidade contida*⁴⁸. Essa, segundo Kazuo Watanabe, é a renúncia de direitos por parte de quem os tem, por absoluta descrença na Justiça e nos seus mecanismos. Isso é um componente grave nos sentimentos da sociedade, que leva à revolta e a situações extremas de reação popular. Todas as dificuldades vividas, quando se está em busca da solução de conflitos ou tão-somente de direitos, também servem de empecilho (especialmente para os mais pobres) para se esperar uma solução judicial.

Necessita-se de uma mudança de mentalidade para um melhor uso da Justiça na busca de relevantes valores democráticos. O próprio acesso informal a uma autoridade já é um passo à justiça. Quando o povo for melhor orientado, no sentido de obter maior informação e cultura, melhor será a justiça que esse povo terá. Saberá lutar por valores verdadeiramente democráticos. O cumprimento da norma jurídica, garantida pela legitimidade e eficiência do Estado, é fundamental para se chegar ao que se deseja, através de um mecanismo rápido e barato para a prestação jurisdicional. Vê-se que, políticas públicas eficazes de bem-estar

⁴⁸ WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. p. 27.

social e medidas sócio-econômicas capazes de diminuir as desigualdades sociais são elementares num país democrático.

A morosidade da Justiça e a ineficiência na prestação jurisdicional, por aparelhamento inadequado da organização judiciária, além do excesso de instâncias recursais, são problemas crônicos, verdadeiros empecilhos à agilidade na distribuição da justiça e que devem ser tratados na estrutura em si do serviço, vislumbrando uma mudança de posicionamentos ideológicos e intelectuais. Isso é bem mais complexo e amplo do que o trabalho dos profissionais executores de cada uma das funções do Judiciário e sua porção de culpa. Caracteriza-se mais pela má estrutura do serviço prestado e toda uma mentalidade enraizada de organização, do que necessariamente pelos profissionais do Direito que lutam para desempenhar da melhor maneira possível o seu mister. A morosidade na Justiça brasileira é que leva ao maior descrédito popular.

Num tempo em que as formas ditas *alternativas* para a solução de conflitos devem estar à frente dos congestionamentos judiciais, a assistência preventiva e extrajudicial terá que se fazer presente nas atitudes dos profissionais do Direito. A superação de injustiças poderá ocorrer, também, com uma nova visão dos princípios constitucionais e mudança de mentalidade, numa aplicação flexibilizadora dos próprios valores de uma determinada civilização ou momento social.

Democracia é participação e liberdade, não podendo sobreviver com seus direitos e garantias fundamentais totalmente desprotegidos pelo sistema. Para que a justiça se faça, seja institucional, dogmática, ideológica ou axiológica, todos os mecanismos atributivos à disposição da sociedade, segundo os próprios direitos e princípios constitucionais, deverão fazer presentes, com a preocupação exclusiva de se cumprir eticamente os possíveis caminhos dos valores tidos como justos. A tramitação é única e essencial, com observância do cumprimento eficaz e tempestivo dos procedimentos urgentes ou essenciais.

O juiz não deve estar preso à lei, mas às finalidades sociais de um povo, servindo à comunidade de forma correta e criteriosa, dando ao pedido judicial a justiça pedida. Tudo dentro de um princípio de justiça. Como questão fundamental consagram-se os princípios jurídico-políticos, como os da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, que preservam valores do indivíduo e da coletividade.

A aproximação jurídica autônoma, com a cooperação dos países, demonstra um certo desenvolvimento em nível internacional. Para os mesmos problemas encontram-se soluções semelhantes.

É importante que se ressalte a capacidade processual das partes, seja por si só, em caso de pessoa maior e capaz, seja através de assistência ou representação. Ainda assim é possível haver situações em que não existirá legitimação para a causa, quando, por exemplo, em ações relativas a direitos reais, exigir-se-á a manifestação dos cônjuges, se casados civilmente. Há, mais, a condição da capacidade postulatória, que é a imprescindibilidade de estar em juízo através de advogado, nos termos do artigo 133, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, regulamentado pela Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994. Tudo isso para delinear a trajetória rumo a uma assistência jurídica.

2.3- Poder Judiciário

Os pressupostos materiais do *Estado de Direito* estarão sempre embutidos na constitucionalidade, na juridicidade e nos direitos fundamentais. Para a existência de *Estado de justiça* não há que deixar obscurecida a proteção e a distribuição dos direitos das minorias, porque medidas adotadas pelo Estado devem ser suficientes na eficácia dos direitos fundamentais. Não há que se admitir a ineficácia por falta de meios judiciais.

Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.⁴⁹

O Estado deve estar engajado numa prestação jurisdicional de massa, na qual haja uma maior atuação do Juiz de Direito, visando tornar o processo um instrumento apto a fazer justiça, contrabalançando a desigualdade por ventura existente entre as partes. O representante do Ministério Público, como fora visto, também pode ter maior presença, quando evidencia-se um sensível desequilíbrio, diligenciando para que a igualdade no processo não seja meramente formal, facilitando, assim, o acesso à Justiça.

O representante do Ministério Público, no exercício de suas atividades, pertencente a uma instituição autônoma e independente, deve zelar pelo equilíbrio da relação processual, seja antes ou durante os trâmites judiciais. Deve agir mesmo que haja Defensoria Pública, quando perceber que, de forma efetiva, o acesso à Justiça não se está concretizando, devendo, então, ser analisada a situação regional e cada caso em particular. As desigualdades

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.420

econômicas, sociais e culturais são alarmantes, mas o acesso à Justiça deve estar ao alcance de todos.

A expressão “acesso à Justiça” pode ser analisada através do caminho a ser percorrido juridicamente, ou seja, os trâmites legais de um determinado direito. Todo cidadão pode reivindicar, fiscalizar e cobrar um andamento regular de um processo judicial de seu interesse. A gratuidade da assistência jurídica aos carentes em nada pode ser empecilho de interferência nas etapas a serem obedecidas pelos operadores do Direito, seja ele juiz, promotor, escrevente, agente judiciário ou oficial de justiça. Uma das características do acesso à Justiça consiste, portanto, em não se fazer diferença de tratamento social e de resultado entre as pessoas, onde a verdadeira cidadania se impõe e tem que ser respeitada.

O Estado iniciou a proteção aos economicamente fracos, no âmbito judicial, com a Constituição da República de 1934: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas e selos.”⁵⁰ A Constituição Federal de 1937, entretanto, foi omissa no assunto e somente na Carta de 1946 trouxe um dispositivo quanto à matéria, permanecendo nas demais Constituições Federais de 1967 e de 1969, e inovando ainda mais na atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, quando estabeleceu, sócio-economicamente, por exemplo, uma assistência jurídica e não judiciária, portanto, com um caráter mais abrangente.

Se a *Justiça fará justiça* é impossível dizer de forma taxativa e definitiva para todos os casos, em razão da falibilidade humana, dos contrastes de valores entre os julgadores e “o quê” e “quem” está sendo julgado. Entretanto, o que não deve ocorrer são injustiças diferentes pela discrepância de classe sócio-econômica.

⁵⁰ BRASIL. Constituição da República do Brasil, de 16 de julho de 1934, artigo 113, n. 32.

A *regra áurea* de tratar os outros como a si mesmo é preceito tradicional moral e religioso. E a formulação “age do modo que gostarias que agissem teus semelhantes” é bem próxima ao imperativo categórico de Kant e ao princípio da generalização de Singer: “O que é bom - ou mau - para uma pessoa, deve ser bom - ou mau - para qualquer pessoa semelhante que se encontre em circunstâncias semelhantes.”⁵¹ O princípio da legalidade é primordial no Estado Democrático de Direito, sendo de sua essência a subordinação à Constituição, sujeitando-se ao império da lei, baseada nos princípios da igualdade e da justiça. A justiça é sempre relacionada com a igualdade; dessa forma, a regra justa deverá ser formulada de maneira a saber tratar seres diferentes.

O problema do acesso à Justiça, no Brasil, não é exclusivo do Poder Judiciário, ou seja, da tutela estatal para os reconhecidamente pobres, mas da possibilidade de se dar vida ao cidadão, numa ordem social, que garanta o mínimo de dignidade. Portanto, iniciativas, críticas e sugestões, devem partir dos vários segmentos da sociedade, visando o bem-estar geral. Daí a preocupação, inclusive, com as próprias instalações dos fóruns: a) se muito centrais, dificultam o acesso de quem mora na periferia, que é o público certo das assistências jurídicas; b) se de construções muito suntuosas e/ou com “fama” de juízes arrogantes, estabelecem fatores psicológicos e ideológicos de repulsa nos mais humildes. Estes são desencorajados a buscar o que por vezes nem sabem exatamente o que é, como é. Não conhecem os próprios direitos e os instrumentos capazes de garanti-los, não discernindo capacidade e direitos postulatórios do profissional que vai pronunciar e decidir sobre eles. A ideologia é uma “representação” da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência.

⁵¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p.161-2.

O Estado Democrático de Direito implica na função política do Judiciário, e a luta pelo seu aperfeiçoamento envolve, além da questão material, uma conscientização da expressão social, na busca do respeito aos direitos humanos.

A justiça deve ser vista sob o prisma social. A índole justa é revestida de um desejo firme e eficaz de agir com justiça. Os conflitos de interesses surgem, quando ocorre participação melhor ou maior de uns do que de outros. O senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e agir a partir da concepção de justiça (pública), que caracteriza os termos eqüitativos da cooperação social. As autoridades devem agir de boa-fé e serem reconhecidas dessa forma. O princípio da liberdade deverá ter a prioridade sobre qualquer outro, mas sempre associado à igualdade de oportunidades, que levará à redução das desigualdades.⁵²

A adequação e a proporcionalidade dos atos públicos devem estar presentes quanto ao fim objetivado pelo direito, realizando as metas constitucionais. A ponderação é exigência básica quando se fala em solução justa de conflitos. A materialização de valores jurídicos de um povo corresponde à própria consciência e vontade geral dele, não obstante o pluralismo jurídico num mesmo âmbito social.

A justiça, tanto material quanto axiológica, instaura-se como princípio fundamental, quando efetivamente eficiente. O processo de pensamento, que amplia a Justiça aos excluídos, busca na figura do juiz, por exemplo, um reequilíbrio da igualdade quando uma das partes é comprovadamente mais pobre.

A finalidade não é fazer uma justiça 'mais pobre', mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior 'beleza' – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.⁵³

⁵² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p.165.

A demora da prestação jurisdicional, referida anteriormente, nega a justiça e é uma barreira ao seu próprio acesso, além de estimular a violação de muitos direitos, que resulta, ainda, no afastamento de vários valores constitucionais do cidadão que não acredita mais na força constitucional. A Justiça mais célere gozará de melhor receptividade da sociedade, servindo melhor ao fim a que se destina. A demora angustia as pessoas, sendo maior o prejuízo para quem é pobre, e como a resistência econômica é estreita, fica insuportável a espera. É mais um direito violado, vez que o princípio da inafastabilidade diz respeito à tutela jurisdicional frente a um direito material. O próprio respeito ao Poder Judiciário está embutido no comportamento temporal do processo.

A segurança jurídica permite maior desenvolvimento e civilização de um povo. Entretanto, só haverá maior justiça quando os conflitos sociais forem resolvidos em conformidade com os ditames constitucionais, numa frequência constante e precisa. Ao se ressaltar a base deste estudo, observa-se que os princípios constitucionais são básicos numa ordem jurídica durante todos os procedimentos jurídicos. São pilares de refúgio dos valores humanos na aplicação de uma correta solução, com equilíbrio e legitimidade para a sociedade. É também questão de consciência ética.

A paz social é elementar na convivência dos cidadãos, sendo possibilitada pelo direito objetivo advindo da soberania. Isso se deve ao constante interesse estatal que deve ocorrer na observância de direitos que o próprio Estado prescreveu, diante do caráter público da norma jurídica.

O Poder Judiciário como um todo deve saber interpretar e compreender as aspirações de um povo, com vistas a melhor aplicar o direito, reduzindo as desigualdades sociais e buscando promover o bem comum, eliminando quaisquer formas de discriminação. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deve ser garantia de estabilidade, comprometida com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que é deferida a concessão da gratuidade jurídica integral, o cidadão tem o direito de usufruir legalmente de todas as prerrogativas atribuídas e valorizadas nas terminologias *integral e jurídica*, advindas da força constitucional. Entretanto, o benefício da justiça gratuita pode ser revogado, quando provada a inexistência dos requisitos econômicos que autorizaram primeiramente a sua concessão. Dessa revogação cabe apelação. Se o pedido for deferido no curso da ação, admitir-se-á o agravo de instrumento. O mandado de segurança também será cabível, para dar efeito suspensivo à apelação ou ao agravo, dando garantia da gratuidade no curso do processo.

Nos últimos anos, a legislação brasileira sofreu várias modificações, algumas diretamente ligadas à promulgação da Constituição Federal, outras anteriormente aventadas e iniciadas. Dentre as normas constitucionais que asseguram o acesso à Justiça, além da assistência jurídica integral e gratuita aos carentes (artigos 5º, inciso LXXIV e 134), pode-se ressaltar: a) a justiça de paz, preceituada no seu artigo 98, que é um instrumento salutar se se analisar o seu lado conciliatório e a sua utilidade pública na resolução de pequenos conflitos, ajudará no melhor andamento do Judiciário, não o sobrecarregando; b) princípio da isonomia ou da igualdade processual; c) princípio da indeclinabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV); d) princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV); e) princípio do contraditório (artigo 5º, inciso LV); f) princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII); g) princípio da imparcialidade do juiz; h) princípio da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV); i) princípio da licitude das provas (artigo 5º, inciso LVI); j) princípio da publicidade dos atos processuais (artigo 5º, inciso LX) e o princípio da publicidade dos julgamentos (artigo 93, inciso IX); k) princípio da necessária fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX); l) princípio do duplo grau de jurisdição; m) princípio da necessária representação por advogado (artigo 133); etc.

Acrescentar-se-á a Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que é dedicada basicamente ao acesso à Justiça, com mecanismos legais necessários à efetividade dos direitos materiais (embora não se tenha integralmente da maneira estabelecida, até a presente data), além do Código de Defesa do Consumidor, datado de 11 de setembro de 1990 (Lei n.º 8.078), que também é um avanço na proteção do consumidor e seu acesso à Justiça. Há, ainda, outras inovações, como a própria reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os amparos na justiça criminal e nas leis trabalhistas, como a de n.º 5.584 de 1970 e suas alterações (por exemplo, a alteração feita pela Lei n.º 7.510 de 1986). A Lei n.º 5.584 dispõe sobre “normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho e dá outras providências”. São garantias ao cidadão desprovido de recursos financeiros. Devem ser aplicadas, para que a Justiça se garanta e assuma o lugar digno de sua missão, que é de confiança, respeito e solução na vida de todo aquele que vier a precisar de sua ação.

O Direito e a justiça deverão estar entrelaçados, procurando o legislador justo formular regras que sejam vinculadas a interesses sociais, cuja execução prime pela realização dos valores e dos fins que correspondem às aspirações de toda comunidade. O homem deve usar a imprecisa técnica social para alcançar, com determinados *meios*, os *fins* tidos como bons. Além da legislação, existem outras espécies de técnica social com seus respectivos meios, como a educação e a política de informação prática em geral, que podem ajudar e valorizar o verdadeiro ingresso à cidadania. A ética explanada é de suma importância na consubstanciação da justiça, dependendo, por vezes, de pura luta política e solidária.

2.4- Defensoria Pública

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deu um importante passo ao prever a Defensoria Pública como essencial à função jurisdicional, vez que os pobres têm acesso precário à Justiça. Isso mostra a dramática questão da desigualdade que causa injustiças, frente à impossibilidade de exercer o direito de ação.

A Defensoria Pública mostra-se num papel de prestadora não só de assistência judiciária, mas também jurídica, que deverá ser o quanto antes regulamentada, nos estados em que ainda não o é, e valorizada e aperfeiçoada onde já existe formalmente, a fim de se promover e manter a coesão social. É a própria efetividade do Estado Democrático de Direito, em prol dos *hipossuficientes*.

Uma sociedade bem ordenada será disciplinada pela concepção pública de justiça. Se todos se encontrarem em igualdade, será resultado de um consenso ou ajuste equitativo, surgindo, então, os princípios da justiça.

As instituições sociais são a estrutura básica da sociedade. Os dois princípios da justiça que Rawls acredita poder chegar a um consenso são:

...cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. (...)as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a)consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b)vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.⁵⁴

A Defensoria Pública é elementar, devendo zelar pela unidade, indivisibilidade e independência funcional, buscando desempenhar seu mister junto aos necessitados, garantindo-lhes direitos. O exercício funcional do Defensor Público alcança a efetividade de

⁵⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. p.64.

direitos e garantias constitucionais. É exigência da cidadania, que abrange a orientação jurídica e a defesa do cidadão. A justiça gratuita, portanto, tem caráter constitucional.

Podem ser citados como princípios constitucionais, diretamente ligados à Defensoria Pública: 1) o princípio da unidade da classe, no qual um Defensor pode falar por todos; 2) o princípio da indivisibilidade no exercício da defensoria, no qual um Defensor pode substituir-se por outro; 3) o princípio da independência funcional, no qual ressalta-se a liberdade intelectual do Defensor Público.

As funções institucionais da Defensoria Pública são a promoção de conciliação extrajudicial entre as partes em litígio; o ajuizamento e defesas de ações cíveis e penais, inclusive nos Juizados Especiais; a atuação como Curador Especial, dentre outras. Tudo isso, inclusive, em desfavor de pessoas jurídicas de direito público.

Há aproximadamente 25 milhões de pessoas na linha de pobreza, que necessitam muitas vezes da assistência judiciária. A Previdência Pública, por exemplo, está aparelhada com equipe de advogados, mas o aposentado frequentemente não tem como lutar pelo benefício mínimo de R\$130,00. O Estado tratou de si e deixou a população desamparada.⁵⁵

O trabalho desempenhado pela maioria das Defensorias Públicas existentes é ainda de responsabilidade exclusiva dos respectivos estados-membros. Não obstante os bons profissionais, elas necessitam, de uma maneira geral, de melhorias físicas e de número maior de pessoal, para que possam corresponder às expectativas e ao direito da população beneficiária. A ocupação de classes diferentes não isenta a necessidade de justiça, inata em cada cidadão, e que está além de qualquer divisão social. Tal situação deveria ser diferente, haja vista já existir uma determinação constitucional, declarando a essencialidade da Defensoria Pública sob a responsabilidade do Estado.

⁵⁵ Pronunciamento do sr. Roberto Freitas Filho, quando de sua posse como presidente da Anadep – Associação Nacional dos Defensores Públicos, publicado no *Jornal OAB Nacional*, do mês de abril de 1999, p.12.

O artigo 134 da Constituição Federal diz respeito à Defensoria Pública e sua incumbência de dar tal orientação jurídica. Entretanto, até a presente data, grande parte das Defensorias Públicas a serem mantidas com recursos federais não saiu do papel, embora a Lei Complementar n.º 80 de 12 de janeiro de 1994 estabeleça a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreva normas gerais para sua organização nos Estados, estabelecendo expressamente que:

Art.134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art.5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais.⁵⁶

Antes da disposição constitucional não era *obrigação* do Estado dar assistência jurídica, havendo, então, um sentido *assistencialista*. A essencialidade do serviço prestado pelas Defensorias Públicas veio fortalecer alguns mecanismos de inclusão social, procurando fazer do marginal um cidadão e dar voz à população carente. Não se deve contentar com um fraco acesso à Justiça, mas dar ao pobre pleno acesso à Justiça.

A Defensoria Pública é um dos elos entre a sociedade e o Estado. Entretanto, em termos estruturais se mostra frágil e desrespeitada, pelo número reduzido de defensores e pela quase inexistência de recursos físicos e materiais necessários ao desempenho de um trabalho convincente e efetivo. É órgão primário quando se pensa em acesso à Justiça pelos carentes, cuja opção do Defensor Público é pelo cidadão menos afortunado. A sociedade como um todo deveria se empenhar no sentido de implementar e valorizar as Defensorias Públicas em cada

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 134, parágrafo único.

um dos estados brasileiros. A sociedade é cúmplice no que diz respeito à inoperância estrutural da assistência jurídica. Mas o que predomina, atualmente, ainda é a sua não implementação nos termos constitucionais, causada talvez por forças elitistas, como ocorre inclusive com o estado de Minas Gerais. Entretanto, esse estado possui Defensorias Estaduais em grande parte de suas comarcas.⁵⁷

A criação de Defensorias Públicas nos moldes constitucionais faz-se urgente, haja vista a grande demanda populacional carente no país e a precária solução dada, até então, pelo Estado ou pelos estados e municípios, acumulando injustiças no rol das sofridas noutras áreas, pelas mesmas pessoas.⁵⁸ O cidadão possui o direito de exigir do Governo a implantação da Defensoria Pública, porque através dela haverá o exercício legítimo de acesso ao Poder Judiciário, em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos economicamente mais fortes.

O serviço prestado pelo Estado às pessoas carentes financeiramente está aquém da realidade, no que diz respeito à disponibilidade e recursos, sejam humanos ou materiais, visto que tal população não se serve da justiça como poderia por direito. A operação da justiça, como ato vital à dignidade do cidadão, deve, quanto possível, ser de boa qualidade, rápida e transparente. A celeridade e o respeito aos direitos dos cidadãos fazem parte de uma sociedade organizada e coerente com os valores que o Estado declara. Entretanto, um número considerável de integrantes da sociedade sequer sabe que possui direitos tantos quantos e iguais a quaisquer outros cidadãos instruídos e avantajados em finanças.

⁵⁷ O estado de Minas Gerais possui cerca de 500 comarcas, dessas 288 são servidas por Defensorias Públicas. No estado tem 395 Defensores Públicos concursados e 125 no quadro suplementar, totalizando, portanto, 520 Defensores Públicos. (Fonte: Coordenação da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais). Existe um Projeto de Lei Complementar de n.º 17 de 16 de outubro de 1999, da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, que trata de uma nova Organização e Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais. No dia 20 de dezembro de 2000, o projeto seguiu para a Comissão de Redação.

⁵⁸ Encontra-se tramitando no Senado Federal, um projeto de emenda constitucional, cujo conteúdo é a autonomia administrativa e financeira para as Defensorias Públicas dos estados. Como já houve aprovação pela Câmara dos Deputados, isso está sendo considerado um avanço.

Quando não houver órgãos próprios ou defensores que se habilitem, conforme a Lei Orgânica do Ministério Público e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, promotores de justiça e profissionais liberais também podem prestar assistência jurídica. O juiz pode nomear um advogado para o cidadão *hipossuficiente*, assumindo o Estado, com o advento da Constituição Federal de 1988, o pagamento dos honorários advocatícios. Isso é bem mais trabalhoso e dispendioso aos advogados particulares e aos cofres públicos, do que uma real concretização de implementação de Defensorias Públicas, com profissionais permanentes. Os Defensores Públicos são estáveis e inamovíveis.

Diz o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, na caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.⁵⁹

As universidades, por seus departamentos de prática, em sua maioria, também prestam relevante trabalho na área de assistência social e jurídica.

O acesso à Justiça deve ser visto de maneira ampla e irrestrita, visando à paz social e à realização da felicidade alheia, com atos, ações e soluções. Para os que estão a serviço do bem comum, com olhos voltados para a melhor realização do Direito, a assistência jurídica “constitucional”, se bem implantada, composta e executada é levada a ser um dos instrumentos capazes de melhor atender a sociedade que se almeja.

⁵⁹ BRASIL. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, artigo 22.

2.5- Instrumentalidade Processual e Justiça nas Decisões e Comandos.

O comportamento humano, para ser justo, deve ser submetido a regras ou a critérios. Estes ou aquelas devem estar alicerçados na Justiça, cuja ação é justa quando aplica corretamente a lei.

A regra de justiça, na área do pensamento ou na da ação, apresenta como normal a repetição de um mesmo modo de agir. Ela conduz à segurança jurídica e se encarna no silogismo judiciário que prescreve ao juiz tratar cada membro de uma categoria como devem ser tratados todos os membros dessa categoria.⁶⁰

O liberalismo, ao contrário da filosofia moral, da teologia e da metafísica, supõe que há muitas concepções conflitantes do bem. É uma cultura democrática livre. A idéia de sujeito está na autonomia da escolha política, baseada nos princípios da justiça, que define o modo de funcionamento da democracia. A cidadania é uma importante dimensão da democracia. A cada cidadão deveria ser atribuída uma cota de igualdade, segundo as suas diferenças. Isso poderia se dar por necessidade e capacidade, bem como por mérito e contribuição, cujo valor devesse ser justo para tratar os diferentes.

...o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei.⁶¹

Habermas diz que um *paradigma jurídico* explica, na sociedade contemporânea, de que modo se tem de entender os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, no cumprimento de suas funções normativamente.⁶² E os dois paradigmas jurídicos que

⁶⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p.161.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1225.

⁶² HABERMAS, Jürgen. "Factilidade y validez". p.263-4.

competem entre si são do direito formal burguês e do direito materializado em termos de Estado social. A intenção do autor é trazer um terceiro paradigma que una esses dois.

A solidariedade caracteriza-se pelo grau de responsabilidade de cada um pelas carências de uns outros. É aquele já mencionado senso ético de se realizar justiça. A organização e a melhor estruturação das atividades, recursos e comandos de uma determinada nação, valem-se dos desejos dos cidadãos que atuam na cúpula do poder. A provisão dos bens públicos deve estar diretamente ligada à efetividade da existência do respeito aos direitos fundamentais. Contudo, os avanços éticos e sociais é que devem comandar os avanços tecnológicos e científicos.

O valor *justiça* é visto como objetivo da jurisdição no plano social, buscando uma satisfação pessoal dos que devem ter acesso à Justiça, como efetividade do processo. As desigualdades sócio-econômicas dos cidadãos devem ser afastadas, para que haja uma abertura das vias de acesso à Justiça, simplificando e agilizando procedimentos, praticando a lei e dando legitimidade social ao sistema. O *escopo social* de pacificação, conforme Dinamarco, é apresentado como preocupação na solução o quanto antes e relativamente certa dos casos em litígio. Um dos pontos da *certeza* apóia-se na prova, mesmo que não tenha o resultado esperado ou desejado. Envolvem-se, ainda, a probabilidade e a convicção do juiz. Os juízes devem ser independentes e imparciais, não sujeitos à pressão da opinião pública, mas voltados para o interesse público.

O que importa é a minimização dos riscos, mediante apuro das técnicas processuais para a participação efetiva das partes (contraditório) e do juiz (temperamentos inquisitivos ao sistema dispositivo) e, de um modo geral, mediante a imposição efetiva do respeito às garantias constitucionais do processo.⁶³

⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p.242.

A Constituição Federal pode “declarar” direitos fundamentais, base da dignidade humana, mas não pode dizer que concede, vez que aqueles antecedem ao Estado. Cabe, portanto, ao Poder Público, proteger os direitos fundamentais, seja entre o Estado e os indivíduos ou somente entre os indivíduos. A dignidade do homem é inviolável. Está no atendimento aos direitos, em que o grau de cooperação e fraternidade deve vir de todos os ângulos, mas, especialmente, do grande para o pequeno, do forte para o fraco, do líder para os seus liderados. A consciência cidadã há de ser universal. As contradições do mundo e da vida não devem abater os homens, mas motivá-los a mudanças e crescimentos civilizatórios.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, fala da dignidade inerente à pessoa humana. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica de 1969, ratifica o exposto acima, reconhecendo que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e dignidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, explicita a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A independência social da pessoa, quando necessária, deve ser concretizada com o mínimo de condições oferecidas pelo Estado, com qualidade de vida e desenvolvimento do ser humano. A população brasileira questiona a ausência de direitos, apesar de, na maioria das vezes, não saber formalmente quais são os seus principais direitos. Muitas das vezes, mesmo atingida em sua cidadania, não recorre à justiça por ignorância ou sentimento de que a lei não lhe será igual. O processo, portanto, deve ser um instrumento eficaz para o acesso à *ordem jurídica justa* e não um mero instrumento técnico.

A jurisdição não tem *um escopo*, mas *escopos (plural)*; é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da

autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)...⁶⁴

A promessa de acesso à Justiça no Brasil adveio desde as Ordenações Filipinas, em meados de 1603, que pode ter sido o marco de sua trajetória. As pessoas pobres, a partir de então, começaram a ter um advogado para defender seus interesses. Mas, foi efetivamente com o advento da Constituição de 1934 que surgiu a assistência judiciária, corroborada, posteriormente, pela já citada Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 – Assistência Judiciária Gratuita. Os problemas das pessoas comuns e *hipossuficientes* começaram a integrar as preocupações políticas relativas à cidadania plena. Uma visão interdisciplinar da vida, com uma justiça mais próxima, menos desconhecida da população carente. Mas a integralidade da prestação jurisdicional gratuita só veio a se instalar constitucionalmente, como já se falou, no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, englobando informação, consulta, assistência judicial e extrajudicial. A rapidez e a efetividade é que ainda são os reais problemas. Diz Dinamarco:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível (*sic*) constitucional ou infra-constitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.⁶⁵

Corroborando o anteriormente dito, diferentes sentidos são atribuídos ao termo

acesso à Justiça, como elucida Rodrigues:

o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.⁶⁶

⁶⁴ Idem. op. cit. p.317.

⁶⁵ Idem. op. cit. p.303.

⁶⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. p. 28.

Acesso à Justiça é acesso a processo justo, com o *devido processo legal*, em que as partes tenham instrumentos que concretizem suas alegações, de maneira igualitária, visando o convencimento do juiz. Antes de mais nada, portanto, o cidadão tem que ter informação sobre seus direitos, para que os busque. O ensino e a cultura estão intimamente ligados à democratização da justiça. O *devido processo legal* é a observância obrigatória de um determinado procedimento e também de um processo legalmente previsto, podendo ser visto como medida de validade.

Os princípios que compõem o acesso à Justiça desde a própria acessibilidade, passando pela proporcionalidade e razoabilidade, até os princípios da utilidade e da operosidade, estariam todos completando um ciclo de etapas necessárias, num sistema jurídico moderno que garante direitos.

Diz Dinamarco sobre a atuação do juiz:

O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*.⁶⁷

O juízo de razoabilidade está intimamente ligado a prejuízos e benefícios sociais. Há, portanto, uma melhor realização dos direitos fundamentais por responsabilidade do legislador. É bom senso e prudência na condução dos direitos consagrados.

A justiça nas decisões é mais uma das preocupações manifestadas por Dinamarco:

A disposição de meios para a segura descoberta da verdade (princípio lógico) tem valor relativo, que se evidencia quando se pensa que a verdade não é em si um objetivo processual: a descoberta da verdade é somente um meio para conseguir a desejada autenticidade ao direito substancial e, afinal, a justiça nas decisões.⁶⁸

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p.196.

⁶⁸ Idem. op. cit. p.222.

Em virtude do caráter principiológico das normas relativas aos direitos fundamentais, a razoabilidade e a proporcionalidade são diretrizes limitadoras da concretização daqueles direitos. Portanto, juízos de valor.

A Declaração dos Direitos Humanos, fala sobre o verdadeiro acesso à Justiça, que é prover recursos internos necessários:

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.⁶⁹

O *Estado Social*, conforme Cappelletti, é a intervenção do Estado no processo econômico, na tentativa de amenizar as desigualdades sociais. Dentre outras denominações, é o Estado assistencial, o Estado promocional e o Estado social.⁷⁰ A *justiça social* “somente apresentará condições de realização eficiente e eficaz se a sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana.”⁷¹

Partindo de um propósito de assistência jurídica integral e gratuita, advinda de princípio constitucional fundamental, vê-se a importância da efetividade de um direito personalíssimo e indisponível. A cidadania exercida através dos mecanismos oferecidos pelo Estado é prova cabal de consciência e de responsabilidade para com um povo. A comprovação de paternidade, por exemplo, buscada pelas vias judiciais e com a necessidade de mecanismos periciais genéticos, se apresenta como consequência de um direito.

Chega-se, portanto, nos direitos fundamentais em nível global, que cobrem inclusive as mais modernas perícias genéticas, que devem ser disponibilizadas aos *hipossuficientes*. É a integralidade da gratuidade da assistência jurídica aos desprovidos de recursos financeiros para a realização de tal ato, sem prejuízo próprio e da sua família. Mas

⁶⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 8º.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.

⁷¹ PASOLD, César Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. p. 74.

será que o Poder Judiciário está sendo ousado e criativo na tentativa de executar um direito fundamental há muito declarado? E o mais importante, não basta o reconhecimento do direito, mas a disponibilidade de meios e de procedimentos para efetivá-lo, num tempo razoável e com segurança técnica e jurídica.

A necessidade de se obter, hoje, a *certeza* da paternidade, através da perícia genética, é muito mais latente e urgente do que há algumas décadas. As mudanças de comportamento social e de valoração do ser humano, especialmente da criança e do adolescente, levam a uma maior cobrança de satisfação pessoal e de complementação de direitos declarados. Para efetivar um direito constitucional fundamental, a perícia genética serve como busca de prova numa investigação de paternidade.

O que se espera do profissional do Direito é, antes de mais nada, que ele seja um pensador de tudo o que o rodeia. Pesquisar, refletir e criticar deverão ser metas constantes no desenrolar de sua missão. A realização de uma melhor função social deverá nortear todos os seus atos, com uma ética absoluta. A justiça aquece a alma dos desejosos de paz.

Capítulo III – A Certeza da Paternidade através da Perícia Genética.

3.1- Origem Genética e Cidadania.

Para os fins de se realizar justiça é importante conhecer a história do reconhecimento da paternidade, uma vez que sempre estiveram em jogo a proteção, a saúde, a igualdade, o interesse pessoal e social de quem tem direito a uma satisfação da Justiça. Com as lutas, mudanças e crescimentos, aprende-se a valorizar a conquista.

A partir do direito romano, como fonte originária de vários ramos do direito (especialmente no Ocidente), vêem-se que as relações civis aconteciam em torno da família, particularmente organizada com deuses e cultos exclusivos. O culto era transmitido de varão a varão e o casamento era o cerimonial de admissão da mulher a ele. A filiação não consistia na consanguinidade e a família romana apresentava as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade. Com tais conceitos, é coerente que essa sociedade não atribuisse efeito ao reconhecimento de paternidade, não obstante a licitude de o pai realizá-lo, porque o filho natural, continuaria a ser um estranho, mesmo após o reconhecimento. Portanto, o filho nascido de uma mulher que não tivesse sido associada ao culto do esposo, pelo casamento, não podia ter parte nesse culto e na continuidade da família.

Foi sob o império de Constantino que surgiu o primeiro meio geral de tornar legítimo e colocar sob o pátrio poder os *filhos naturais*, sendo que essa parte da legislação romana se desenvolveu nos impérios precedentes e deu continuidade nos posteriores.

A influência do Cristianismo foi tão grande sobre as últimas leis romanas e sobre as leis de todos os países, que se torna indispensável não citar as condições dos *filhos ilegítimos* em face dos legisladores católicos da Idade Média. Mas os costumes foram minando, pouco a pouco, o rigor dos preceitos canônicos e, a jurisprudência, tendo praticamente em vista as ações alimentares, foi-se insurgindo contra os princípios contidos nas Decretais.

No século XVII já se admitia a prova de paternidade, inclusive por indicação da mãe, durante a gravidez, com efeito alimentar e não para se fixar definitivamente a paternidade.⁷² Caio Mário cita antigas legislações sobre o tema, oriundas de vários países⁷³:

a) no Direito Francês de 1793, a investigação de paternidade era proibida; tendo persistido até a Lei de 16 de novembro de 1912, quando fora alterado;

b) no Código Argentino de 1860 o *filho natural* não faz parte da *família legítima* e a ação só pode ser proposta em vida do pai;

c) no Código Italiano de 1865 é vedada a pesquisa paternal. Mas o Código de 12 de dezembro de 1938 passou a admitir o reconhecimento judicial da paternidade, desde que precedido de ação de investigação;

d) o Código Chileno de 1865 permite o reconhecimento dos *filhos ilegítimos* e admite a investigação de paternidade para fins alimentares;

e) no Código Português de 1867 há a proibição da investigação de paternidade, salvo nas hipóteses de reconhecimento por escrito do pai (confissão ou declaração), posse de estado, além do estupro ou do rapto. Posteriormente, a Lei Portuguesa n.º 2, de 25 de dezembro de 1910, chamada de *proteção aos filhos*, permite a investigação paternal;

f) o Código Uruguaio de 1868 também proíbe a investigação de paternidade, a não ser em

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. p. 15.

⁷³ Idem. op. cit. p. 16-21. (Do mesmo autor, vide *Instituições de direito civil*. v. V. p. 195-216).

casos de rapto ou violação. O filho reconhecido tem direitos sucessórios e alimentares;

g) no Código Civil Alemão de 1896 há a permissão da investigação de paternidade e considera o *filho natural* parente dos parentes de sua mãe, mas estranho aos parentes paternos.

Não lhe concede direitos sucessórios;

h) no Direito Inglês, o *filho ilegítimo* não possui direito sucessório e é considerado uma pessoa sem ascendentes;

i) no Código Suíço de 1907 admite-se a *filiação ilegítima paterna*, por reconhecimento ou julgamento, podendo o filho usar o nome de família do pai, receber pensão alimentar e direitos sucessórios;

j) o Direito Soviético não só equipara os *filhos naturais* aos *legítimos*, como também suprime toda diferença jurídica entre uns e outros.

Outras legislações estrangeiras ainda poderiam ser apresentadas, mas as indicadas bem exemplificam as diferenças, dificuldades e evoluções no decorrer das etapas da investigação e mesmo do reconhecimento voluntário dos filhos não advindos de um casamento civil.

O movimento doutrinário, no Brasil, a partir do século XIX, através de Beviláqua, criticava os preconceitos contra os *ilegítimos* e reivindicava para os *filhos naturais* um tratamento humano.⁷⁴ Buscava-se o reconhecimento dos *filhos naturais* e a permissão para a investigação de paternidade. O Código de 1916 estabeleceu as duas espécies de reconhecimento: voluntário e compulsório. O *filho ilegítimo* passou a ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

A Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, veio possibilitar a legitimação do filho concebido fora do casamento, considerada liberal à época. Mas necessitava ainda mais de

⁷⁴ Idem. *Instituições de direito civil*. v. V. p. 199.

evoluções, especialmente na linha de amparo social e equiparação integral com os *filhos legítimos*. A investigação de paternidade tem lugar, quando não há reconhecimento voluntário do genitor, garantindo o direito à existência e realizando justiça quanto ao nome, alimentos, sucessão, etc. Caracterizar-se-á, assim, como uma ratificação de direitos humanos fundamentais.

A partir de 1980, a *cidadania* veio se ampliando em espaços, conquistados muitas das vezes pelos movimentos sociais. O perfil da própria cidadania está em aberto para a construção o mais consolidada, ampla e eficaz possível, em que a efetividade de direitos civis e políticos conduz a sociedade a uma participação mais ativa da vida pública.

Cidadania é exercer direitos garantidos pelo Estado, mas também respeitar deveres para com a coletividade. Exigem-se, para tanto, condições mínimas nas áreas da saúde, educação, bem-estar econômico e segurança. Infelizmente, grande parte dos direitos contidos na Constituição Federal não tem aplicação concreta no dia-a-dia de muitos cidadãos brasileiros. A título ilustrativo pode-se mencionar a Lei n.º 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, dentre eles, o direito ao registro civil de nascimento, de forma gratuita, que é desrespeitado e desconhecido por grande parte da população.⁷⁵

Marshall se apresenta como um ícone para se conhecer o sentido do termo *cidadania*. Essa é dividida entre direitos civis, políticos e sociais, o que seria a base da diferenciação institucional da própria sociedade.⁷⁶ Entretanto, para a Organização das Nações Unidas (ONU) não existem categorias de direitos (civis, políticos e sociais), por entender que a realização plena dos direitos passa por todas as ditas *categorias*, compondo um conjunto

⁷⁵ BRASIL. Lei n.º 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, artigo 1º: “São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: (...) inciso VI: O registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. (Inciso acrescentado pela Lei n.º 9.534, de 10 de dezembro de 1997)”.

⁷⁶ MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania e classe social*. p.9.

indivisível. Não obstante as divergências comuns, pode-se dizer que a questão da classe social, em cada momento ou fase vivida pela humanidade, desafia o conceito de cidadania.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 1988, no seu artigo 227, § 6º, estabelece um princípio informativo de igualdade dos filhos no exercício de seus direitos: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Conseqüentemente, a Constituição Federal não recepciona alguns dispositivos do Código Civil e da Lei n.º 883 de 1949.

Em 29 de dezembro de 1992, foi sancionada a Lei n.º 8.560, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e suas devidas providências, o que não deixou de ser um importante passo em busca da legitimidade cidadã.

Chega-se ao avanço dos métodos técnicos, que foram paulatinamente ocorrendo, com maior ou menor probabilidade, como no caso do sistema de grupos de sangue - ABO, dos fatores no sangue - Rh ou pelo sistema de histocompatibilidade humano - HLA (*Human Leukocytes Antigens*).

Hoje, os testes de paternidade pelo exame direto em ADN (ácido desoxirribonucléico) ou DNA, que foram introduzidos no Brasil em 1988, pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais (GENE), situado na cidade de Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais, permitem tanto a exclusão quanto a inclusão de paternidade, com confiabilidade superior a 99,9999%. Tal representação numérica é suficiente para externar o grau de *certeza* da paternidade. Portanto, um resultado considerado *absoluto*. Falar-se-á um pouco mais desses exames em item específico. O citado laboratório foi pioneiro no Brasil na realização de diversos exames genéticos, dentre eles a determinação de paternidade pela técnica das *impressões digitais de DNA e PCR (Reação em Cadeia da Polimerase)*. Essa técnica permite a utilização mínima de material biológico para a realização do exame.

Se é desumano não ter, o filho, o direito à paternidade, injusta também é a declaração de uma filiação inexistente. Seria, ainda, por demais desumano e vexatório admitir-se que o direito material ou processual - que não é um direito natural e imutável, e sim circunstancial - pudesse impedir a verdadeira paternidade por simples questão formal, ou seja, não se declarar uma paternidade existente pela insuficiência de provas. Trata-se, portanto, de direito *humano fundamental*.

A cidadania, assegurada no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 1988, possui conceito amplo, que passa necessariamente pelos direitos humanos e pela postura ética. Dessa forma, fortalece-se o Estado Democrático de Direito pelas vias de acesso à educação, à segurança, à dignidade e a tantas outras garantias. A humanidade tem sede de ética e de cidadania. A educação é um meio capaz de minimizar tal sede, contribuindo de forma efetiva para a sua formação. Defender e divulgar direitos humanos é tarefa contemporânea de todo cidadão. É preciso insistir para que haja maior respeito pelos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O analfabetismo e a pobreza são questões importantes de direitos humanos, que devem ser uma preocupação política e moral constante em todo lugar. A desigualdade social e, muito especialmente, quanto à distribuição de renda é um atraso na cidadania. Diz a Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
II- a cidadania; (...) ⁷⁷

Não há harmonia nas estruturas da máquina estatal, impedindo, então, avanços nos processos, na administração pública orçamentária e demais setores que dizem respeito ao

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 1º.

público, não garantindo por sua vez condições eficazes de direitos e serviços fundamentais para o bem-estar da sociedade.

O “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”, documento da Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovado e aberto à assinatura em 1966, que entrou em vigor no dia 23 de março de 1976, diz em seu artigo 24:

1-Toda criança tem direito, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social, posição econômica ou nascimento, a medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família como da sociedade e do Estado. 2-Toda criança será registrada imediatamente após o nascimento e deverá ter um nome. 3-Toda criança tem direito a adquirir uma nacionalidade.

Na “Convenção Americana Sobre Direitos Humanos”, assinada em 1969, conhecida como “Pacto de São José de Costa Rica”⁷⁸ diz o seu artigo 17:

Proteção da família.....
5-A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

E, ainda, na mesma Convenção consta o que se segue:

Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.....
Proteção judicial. 1-Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.⁷⁹

A compreensão do ambiente internacional depende de entendimentos dos fenômenos internos dos Estados, nos quais as relações internacionais desempenham um papel de viabilização permanente de cooperação. Portanto, os direitos fundamentais não têm uma

⁷⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em São José de Costa Rica, assinada em 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Países signatários: Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Uruguai, Venezuela.

⁷⁹ Idem. Artigos 19 e 25.

incidência apenas nacional, mas são caracterizados como normas extraterritoriais. A concretização de tais direitos não é universal, haja vista estar condicionada a convicções religiosas, filosóficas ou culturais de cada Estado. Entretanto, há uma regular homogeneidade nos países pertencentes ao mundo Ocidental.

Está estabelecido expressamente na Lei Fundamental o princípio da igualdade, delimitadora da função do Direito no ordenamento jurídico. Mas todo e qualquer direito fundamental, independentemente de estar em textos legais ou não, se torna cada vez mais reconhecido no desenvolvimento humano, social e político, por visar o aumento da qualidade de vida do cidadão.

Preconceitos do passado não são mais admitidos nos dias atuais. A filiação envolve questões não só biológicas, mas também sociológicas, psicológicas, históricas, jurídicas e éticas, que dizem respeito a todos os povos e envolvem todas as legislações de países democráticos de Direito. Deve-se, isso sim, valorizar a vida e a qualidade dos serviços prestados a um povo.

3.2- Perícia Genética e Utilização do DNA

Em 1953, o cientista americano James Watson e o inglês Francis Crick, descobriram a estrutura em dupla hélice do ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), componente presente no núcleo de todas as células do corpo humano e responsável pelas características de cada pessoa. Entretanto, somente nos anos 80 surgiram as técnicas

adequadas para efetivamente diferenciar as pessoas, criadas, muito especialmente, pelo cientista inglês Alec Jeffreys em 1985.⁸⁰

A perícia genética evolui a largos passos no mundo das ciências. O Projeto Genoma Humano (PGH), que teve início de estudos nos Estados Unidos da América (EUA), em 1990, está presente para mostrar uma revolução na ciência médica, dando novos rumos à história da humanidade.

O conhecimento da biologia molecular humana é uma realidade, mesmo que os reais resultados possam vir a longo prazo. Através dela reconhecer-se-ão doenças ligadas a problemas nos genes, ou a capacidade de diagnosticar a predisposição genética de uma pessoa para doenças comuns. Apresenta, ainda, nas mãos dos cientistas, informações necessárias para formar um ser humano. Tudo isso levará a um desenvolvimento grandioso de diagnósticos, de medicamentos e tratamentos. O *genoma* está sendo visto como a enciclopédia da vida. O código genético é o que há de mais íntimo em qualquer ser humano.

O genoma é o conjunto de instruções necessárias para formar um ser humano. Essas informações estão no DNA, uma longa molécula em formato de dupla hélice que carrega os genes compostos por quatro elementos básicos: adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G).⁸¹

Mas se sabe pouco sobre o *genoma humano*, porque não há, ainda, o domínio do que se pode fazer com tudo o que já foi descoberto. Entretanto, o projeto internacional que é o Projeto Genoma Humano (PGH), com esboço do mapeamento genético do homem, exposto em 26 de junho de 2000, é exemplo de evolução e engloba todo e qualquer teste científico já conhecido, tendo no exame em DNA para comprovação de paternidade, o pressuposto do estudo de uma de suas partículas.

⁸⁰ O método desse cientista foi adaptado para o Brasil em 1988, pelo Ph.D. em Genética Humana, prof. Sérgio Danilo Junho Pena, da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, denominando-o *DNA Bioprints*. Fonte: Núcleo de Genética Médica (GENE). *Destaques da imprensa. 18 anos de genética no Brasil (1982-2000)*.

⁸¹ Revista Veja, ano 33 – n.º 27, de 05 de julho de 2000, edição 1.656, p.116.

O exame em DNA pode ser realizado em várias circunstâncias e sob vários motivos, desde a identificação de propensão para doenças em geral, hereditárias, parasitárias ou não, tais como tumores e vírus diversos, até uma pesquisa de origem genética de uma dada população. De posse dos resultados, os cientistas, os médicos e os demais responsáveis ou interessados, terão maior precisão no tratamento do problema ou na elucidação do conhecimento.

O DNA é uma estrutura codificada de todas as informações genéticas de um ser vivo, e não só do ser humano. Serve muito especialmente para identificações criminais e investigação de paternidade. O teste pode ser feito pelo sangue, pele, saliva, bulbos capilares, sêmen, placenta e células cultivadas. Mas, voltando-se para a matéria exclusiva deste estudo, que é a paternidade, o exame é feito, de forma preferencial, através de amostras de sangue da criança, da mãe e do suposto pai. Cada ser humano tem a sua particular genética.

O DNA difere, também, de população para população. Daí a exigência de estudo particularizado da população que se servirá do laboratório e seus exames respectivos, o que ocorre no Brasil. O cuidado maior que se deve ter quando da realização do exame é quanto aos gêmeos univitelinos, às pessoas que sofreram transfusões sanguíneas ou aos transplantados de medula óssea. O resultado final de todo e qualquer exame, que são todas as etapas desenvolvidas, é examinado por um único médico, especialista em genética, normalmente o diretor do laboratório responsável, que é a pessoa a confrontar as análises e que assina o laudo final. A experiência desse profissional, não só deve ser de médico-geneticista, como também experiente em testes de paternidade em DNA, e não apenas trabalhar com DNA.

Os exames periciais existem para que sejam utilizados com o propósito de buscar esclarecer uma verdade não declarada. O exame em DNA é o que há de mais moderno e eficaz para solucionar dúvidas e conflitos, podendo incluir ou excluir um homem da

paternidade que lhe é imputada. É a sua herança genética. Pode apresentar algumas semelhanças com parentes próximos, mas perfeitamente distintas.

Se se está querendo a verdade material e não apenas formal, a solução mais objetiva para se saber sobre a filiação biológica é através de provas periciais, precipuamente o exame em DNA. A *exceptio plurium concubentium*, por exemplo, uma das mais agressivas e contundentes acusações à genitora do investigante, não terá vez, diante da relevância dessa prova, que envolve a criança, a mãe e o suposto pai.

Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, este é um teste absolutamente preciso. Um resultado de Exclusão significa com 100% de certeza que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de Inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, geralmente números acima de 99,99%, resolvendo na prática, inequivocamente todas as disputas. O número decimal da Probabilidade de Paternidade, em caso de Inclusão, jamais atingirá 100% por uma simples questão matemática decorrente da fórmula utilizada para o cálculo da Probabilidade de Paternidade calculada a partir do Índice de Paternidade (Teorema de Bayes).⁸²

Não se está por falar em sacralizar uma prova, mas de colocá-la à disposição de quem dela vier a precisar, por requerimento ou por ordem judicial, servindo à população carente de maneira efetiva e pontual. O cumprimento dos princípios constitucionais é essencial no processo probatório. A requisição do exame em DNA pode ocorrer *de ofício* pelo próprio juiz ou pelo representante do Ministério Público, por entenderem ser indispensável, na ação de paternidade, para se chegar a uma verdade biológica, vista, por vezes, como a prova das provas, sem querer com isso que sejam dispensadas as demais provas. Além disso, é importante que se saibam quais os tipos de testes que serão realizados na concretização da perícia genética.

⁸² RASKIN, Salmo. A análise de dna na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dna como meio de prova da filiação*. p.319.

Entretanto, a ética deverá estar presente em todos os passos científicos, para que a quantidade de descobertas não se esvazie por caminhos desumanos, impróprios ou intoleráveis moralmente. Nem tudo que a ciência oferece é viável eticamente. Portanto, nem todas as descobertas precisam ser aceitas e usadas. A divulgação de informações e as limitações genéticas de cada um estão estreitamente ligadas à ética, que se efetuadas ou divulgadas levam a consequências no trabalho, na escola e no sentimento de tratamentos diversos, provocando doenças psicológicas. O aspecto confidencial dos nomes das pessoas envolvidas nos exames é de extrema importância e requisito ético na realização do trabalho científico, para garantia da confiabilidade dos resultados.

Os exames genéticos comuns não refletem a paternidade biológica. Anteriormente ao exame em DNA, a comparação científica entre os indivíduos era feita através dos grupos sanguíneos do tipo ABO e fator Rh ou por *antígenos leucocitários de histocompatibilidade* (HLA), mencionados anteriormente. Entretanto, não havia a possibilidade de resolver de forma definitiva a paternidade. A confiabilidade da prova da paternidade pelo DNA, sendo superior a 99,9999%, significa que em 1.000.000 (um milhão) de exames, houve 999.999 (novecentos e noventa e nove mil e novecentos e noventa e nove) acertos. É uma verdadeira revolução e evolução na ação de investigação de paternidade, haja vista o valor probatório quase que absoluto de tal perícia genética. A prova científica pela perícia genética em DNA é incontestável como prova direta de paternidade, devendo estar à frente das provas indiretas, quando do convencimento do julgador.

A tipagem sanguínea ABO só consegue excluir 13 em cada 100 indivíduos falsamente acusados e o HLA, nos melhores laboratórios do mundo, só consegue excluir 95 em cada 100 indivíduos falsamente acusados. O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA por **P.C.R.** automaticamente significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima.⁸³

⁸³ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade – manual prático do dna*. p.36.

A falibilidade da prova genética, pelo DNA, pode ocorrer em casos raros. É necessário uma boa escolha de laboratório e de profissionais, com rigor no padrão de confiabilidade, como deve ocorrer em qualquer outro momento da vida, quando se busca um determinado serviço. A escolha do laboratório pode ser feita pelo próprio juiz, que deve se informar sobre aqueles que oferecem versões muito simplificadas de realização do exame, porque a qualidade profissional é requisito primário de escolha. O erro em qualquer exame é desastroso pelo menos para uma das partes, senão todas, inclusive para os demais membros familiares envolvidos numa relação emocional.

O DNA pode ser armazenado em *Bancos de DNA*, para solução de futuros ou possíveis problemas ou interesses, guardadas a segurança e a confidencialidade. Portanto, a qualidade dos laboratórios que realizam os exames há de ser analisada, juntamente com a confidencialidade e a confiabilidade dos métodos e dos profissionais.

Pena enumera alguns itens essenciais e primários que servirão para avaliar a confiabilidade do local destinado à realização do exame para determinação de paternidade pelo DNA:

1. O laboratório deve estar sob a direção de um médico, de preferência com título de mestre ou doutor (Ph.D.) em genética, biologia molecular ou bioquímica e com comprovada competência *prática e teórica* em determinação de paternidade.
2. O laboratório deve realizar as perícias com duas sondas multilocais, ou então seis sondas unilocais ou pelo menos 15 microssatélites estudados pela PCR. O laboratório deve dominar tecnicamente pelo menos duas das três metodologias existentes para testes de determinação de paternidade em DNA.
3. O laboratório deve ter uma rotina de trabalho que impossibilite que erros, tais como troca de rótulos em tubos, passem despercebidos.
4. No caso de sondas unilocais ou estudo de microssatélites pelo PCR, o laboratório deve ter construído um banco de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos usados por ele. Este banco de dados deve ter sido obtido com as mesmas técnicas usadas pelo laboratório na determinação de paternidade e utilizando a mesma população. Bancos de dados da população americana ou européia não são aplicáveis no Brasil. O banco de dados deve estar disponível para consulta e preferencialmente ter sido publicado.
5. Nos casos em que há exclusão da paternidade, o

laboratório deve garantir que esta exclusão seja comprovável com pelo menos dois tipos de exames genéticos diferentes. 6. Nos casos em que não há exclusão da paternidade, o laudo pericial deve incluir o Índice de Paternidade para cada sistema genético utilizado, o Índice de Paternidade Final e a Probabilidade de Paternidade, sendo explicitadas as probabilidades *a priori* utilizadas.⁸⁴

A identificação do pai biológico de uma pessoa pode ser aspirada por motivos objetivos ou subjetivos, intrínsecos ou confessáveis. A afetividade, a história particular, a herança ou quaisquer outros direitos são enumerados quando se cogita a paternidade, daí o pedido do exame depender de cada caso.

Quando o pai for falecido pode ser feito o exame nos seus irmãos, pais ou filhos, numa tentativa de reconstituir o padrão de impressões digitais de DNA, variando o grau de confiabilidade conforme o parentesco. Em casos excepcionais, no próprio cadáver, através do método PCR, embora seja ainda mais oneroso. O exame é, também, mais oneroso, quando a mãe for ausente ou falecida. Se ausente, com parentes conhecidos, o resultado é considerado absoluto, mas a complexidade está no maior número de análises e combinações, vez que qualquer um dos segmentos de DNA poderá ser o da mãe ou o do pai. Se morta utiliza-se o mesmo expediente de quando o suposto pai está morto. Daí, quando a mãe é presente, primeiramente far-se-á a análise do material da mãe e do filho, o que obviamente restará para o suposto pai o segundo segmento de DNA. Em caso de morte, recomendam-se o uso de, no mínimo, duas técnicas diferentes de estudo em DNA, para que haja segurança total e máxima na confiabilidade do resultado do exame pericial.

A paternidade pode ser identificada mesmo antes do nascimento da criança, através do líquido amniótico, com particularidades desnecessárias para este trabalho. Nesse caso, a investigação de paternidade pode ser requerida pela mãe, representando o nascituro,

⁸⁴ PENA, Sérgio Danilo. Engenharia genética – dna: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*. p.350.

que já possui direitos, embora não tenha personalidade jurídica. Existem correntes contrárias quanto a esse entendimento, mas a necessidade de auxílio na gestação é real. Pelo DNA vê-se o padrão genético de cada um, não deixando dúvidas sobre a paternidade. Entretanto, a aplicação da metodologia de Impressões Digitais de DNA é cara, sendo privilégio de poucos. O acesso da população carente ao exame é muito reduzido. O reconhecimento, formal e legal, da paternidade no Brasil é, no mínimo, preocupante, haja vista, muito especialmente, esse ônus econômico.

Numa pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), datada de 1988, vê-se a grande demanda, em que cerca de 31,1% das crianças brasileiras possuem em seus registros de nascimento somente a indicação do nome da mãe,⁸⁵ significando, assim, mais ou menos, 1,5 milhões de crianças brasileiras por ano, em tal situação.

Não há que se comparar o exame em DNA com qualquer outro, sendo infinitamente superior pela garantia de resultado, matemática e geneticamente provado. Dessa forma, somente o DNA pode trazer tranquilidade quanto ao resultado e evitar as conseqüências da *coisa julgada*. É a conduta mais adequada e uma ferramenta legítima. A sustentação científica é forte o bastante para dar ao juiz em sua decisão, a *certeza* da paternidade. Portanto, é prova essencial na realização da justiça. O Estado é obrigado a pagar o exame genético, porque é constitucionalmente o responsável pela assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

A *coisa julgada* é “questionada” na investigatória de paternidade por alguns doutrinadores, no caso de não produção de todas as provas. Chegar-se-á, portanto, à complexidade que envolve a *coisa julgada*, dita objetiva ou subjetiva, seus efeitos e

⁸⁵ No site do IBGE não foi encontrada uma pesquisa posterior nesse sentido. Em contato com o setor responsável, via e-mail (ibge@ibge.gov.br), a técnica sra. Míria de Paula Oliveira Almeida ratificou tal inexistência de dados mais recentes. (www.ibge.gov.br)

qualidades, seja pela falta de provas essenciais ou pela não aplicação da revelia e da confissão. O ordenamento jurídico regular é interesse de todos. O raciocínio é no sentido de que não há julgamento do mérito em ações relativas à personalidade, de cunho essencialmente constitucional, podendo ocorrer, por exemplo, reabertura de processos quando as partes não se submeteram ao exame em DNA, seja pela inexistência do teste à época dos trâmites judiciais, seja pelo não pagamento disponibilizado pelo Estado. A *coisa julgada* pode ser repensada, quem sabe, quando se tratar de casos excepcionais de reconhecimento ou negatória de paternidade e que por algum motivo, seja econômico, religioso, cultural ou temporal não fora realizado o teste, que agora se faz possível.

O juiz não deve deixar de julgar por falta do exame em DNA, mas a precisão daquele é procedimento de averiguação ímpar na busca da melhor decisão, não só com reflexos jurídicos, mas econômicos, médicos e psicológicos. Mesmo com a dita *certeza* da paternidade pelo método DNA, o juiz, em caso judicial, tem a liberdade de julgamento. O resultado do exame não tem efeito de sentença, nem é a decisão do processo. Levar-se-á em conta o laudo pericial, os fatos e demais provas. Os indícios colhidos pelo juiz é que o levarão à possível verdade do fato alegado. Entretanto, não se concebe que os juízes se arrisquem ainda mais em suas decisões, justificando-as com confrontos fisionômicos ou fracas palavras de testemunhas, numa situação tão difícil, constrangedora e imprecisa para se apresentar e depor.

Nos dias atuais se torna indispensável a prova pericial na busca da verdade biológica. Mas todas as outras provas devem ser apreciadas, sendo injusto e contrário à lei o cerceamento dos outros meios, o que valorizará a certeza e, também, a segurança jurídica. A prova serve para o convencimento de todos, mas especialmente do juiz da causa. É cada dia mais presente a preocupação que deve existir com o esclarecimento dos fatos, para se chegar à verdade material. O juiz não pode ser inerte ou espectador, nem tão pouco ditador; deve ser

participativo, sem tomar partido; cumpridor do devido processo legal, atento aos fins sociais e interessado na solução do conflito. Ele tem o poder e o dever de requerer provas, que julgue necessárias, na ação de investigação de paternidade e em qualquer outra ação que envolva direito indisponível, conforme o artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC).

Uma questão a ser lembrada é a negatória para submeter-se ao exame por parte do investigado, que deve estar justificada e fundamentada em razões coerentes e razoáveis, como por exemplo, quando se tem dúvida quanto à seriedade do laboratório indicado para a perícia. O que não o impede de apresentar um outro laboratório. A presunção da paternidade não há também que ser por sua negatória em submeter-se ao exame. O juiz deve inclusive indeferir a prova pericial, justificadamente, quando entender inviável. O investigado pode se indignar por uma falsa investigação e invasão da vida pessoal. Um gesto negativo ao exame não deve servir de motivo para a procedência da paternidade, mas com certeza, a não justificativa para tal ato, será agravante quando da decisão do julgador. Pior, ainda, é se se atribuir uma procedência pela negatória dos parentes, em caso de morte do suposto pai. É cômoda, mas insegura e não-séria, a decisão baseada numa negatória de comparecimento, a não ser que esteja embutida em outras provas. A prudência judicial deve estar à frente de qualquer mecanismo precipitado. O livre convencimento do juiz é que equacionará os meios judiciais de prova, para futura motivação da sentença, num conjunto probatório mais seguro. O que não se admite no Direito Civil Brasileiro são condições meramente potestativas. Se houver contestação à ação e ao vínculo paterno, caber-lhe-á, também, o ônus da prova. A prova deve ser consistente, para não se incorrer em erro e ao mesmo tempo ficar a desafiar a *coisa julgada*. A conclusão do magistrado, baseada tão-somente na ausência do suposto pai para submeter-se ao teste de paternidade é temerária, não obstante a tendência de se elevar as suspeitas contra aquele, por uma possível fuga da responsabilidade paterna, além da não-colaboração com o Judiciário, lesando direito, especialmente da criança, tão socialmente justo

e protegido pela lei.⁸⁶ Em benefício da criança, alguns julgadores vêem a obrigatoriedade de submissão ao exame. Mas, onde ficam os princípios constitucionais garantidos ao suposto pai, que pode não sê-lo? E a questão da natureza ilícita da prova colhida, sem a autorização do suposto pai? Alguns estudiosos respondem que a superioridade dos direitos da criança, garantida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é notória, como direito fundamental de conhecer o seu pai. Que é “risível” algum prejuízo físico ou moral que, por ventura, se alegue que advenha de uma submissão a um teste genético.

Tendo por base o duplo fundamento da inviolabilidade do corpo e da vida privada, o direito francês, belga e canadense (Quebec) não admite uma perícia médica em matéria de filiação sem autorização do demandado. Obtida à força, é inadmissível. No direito germânico (Alemanha, Áustria, Suíça) e nórdico, o entendimento é diverso, admitindo-se a realização da prova genética mesmo sem o consentimento do réu, que deve submeter-se, sob pena de multa, prisão ou execução forçada *manu militari*.⁸⁷

É importante a convivência em grau de família, mesmo que em ambientes distintos, entre pai e filhos. Se não se estabeleceu, ainda, qualquer vínculo informativo ou jurídico, não há como saber se o amor, o afeto e a dedicação se estabelecerão entre o pai e os filhos. Tanto o pai biológico pode “não ser pai”, como o contrário também pode ocorrer. Mas, a certeza biológica, em muitos casos, pode ser o princípio do afeto e da verdadeira paternidade. É amplamente limitado pensar que todo suposto pai não reconheceu uma determinada criança por absoluta irresponsabilidade e fuga de obrigações.⁸⁸

⁸⁶ Existe um Projeto de Lei de n.º 64 de 1999, que altera o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando-lhe um Parágrafo Único, que diz: “A recusa do réu em ação de investigação de paternidade a submeter-se a exame de material genético – DNA, se pedido pelo autor, importa em admissão tácita de paternidade.” (O texto, em princípio, mostra-se muito radical).

⁸⁷ VERUCCI, Flórisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dna como meio de prova da filiação*. p. 110.

⁸⁸ O Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo, realizou um levantamento sobre o número de famílias que está recorrendo à Justiça para determinar a paternidade de crianças. Constatou-se que o número triplicou nos últimos 05 (cinco) anos. Quando em 1995, 6.550 (seis mil, quinhentas e cinquenta) famílias recorreram, em 1999, 20.000 (vinte mil) procuraram a Justiça. (Conforme a Revista Veja, ano 33 – n.º 19, de 10 de maio de 2000, edição 1.648, p.39. www.veja.com.br).

Existem já os que defendem, para o futuro, a *ação de paternidade* e não *investigatória*, com base em toda a evolução científica. O investigado seria citado, já para fazer o exame, evitando demoras temporais. Após o resultado, poderia contestá-lo, se quisesse. Quem defende esse posicionamento entende que se evitaria, com esse mecanismo e a certeza obtida pela genética, vários processos e intermináveis demandas. Mas, não há que se usar ilimitadamente a prova em DNA. A ética, seja social ou jurídica, prima pela vanguarda nos procedimentos e decisões no campo biológico. A defesa dos testes não está fundamentada no uso indiscriminado e gratuito para comprovação de quem já se declarou ou foi declarado pai, mas para aquele cujos indícios levam a crer que seja o pai.

3.3-Direito à Filiação/Paternidade e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A investigação da paternidade não era aceita, em princípio, pelas civilizações, conforme exposto anteriormente. No direito romano encontra-se a organização religiosa da família, a qual não admitia a atribuição de efeitos ao reconhecimento da paternidade. Não havia vínculo de parentesco entre o *filho natural* e o pai, salvo se fosse através da adoção.

O tratamento aos *filhos naturais* foi totalmente diferenciado nos vários sistemas jurídicos, com predomínio de impedimento ao reconhecimento ou, por vezes, negando os seus efeitos. O Brasil revelava-se com uma tendência liberal sobre o reconhecimento e direitos da *filiação ilegítima*, que mais tarde acabou sendo firmada.

As relações familiares e, portanto, a paternidade, eram regulamentadas pelo casamento civil, que dava origem à chamada *família legítima*. Passa-se o tempo e o que se tornou mais importante foi a situação jurídica dos pais, quando se tratava de um filho extra-

casamento. Não importavam os interesses do próprio filho. Com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, há um fim à sanção sofrida pelos filhos, por atos de seus pais. E em 1990, com a Lei n.º 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que revogou o Código de Menores (Leis n.º 4.513 de 1964 e 6.697 de 1979), estabeleceu-se, ainda mais, a estruturação de alguns princípios constitucionais, quanto ao *direito à convivência familiar e comunitária*.

Diz o 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 seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.⁸⁹

Com o advento do ECA vieram inovações importantes, como a necessidade de ouvir a criança e o adolescente, quando se resolve sobre o seu destino e direitos. Entretanto, os desenvolvimentos psicológico, social e intelectual daqueles deverão ser analisados.

A evolução para uma tendência liberal afasta preconceitos, contribuindo, em todas as partes do mundo, para a ampliação de direitos atribuídos aos *filhos naturais*. Os Estados dispõem ou devem dispor de recursos, especialmente periciais, na solução de direitos indisponíveis e essenciais à tranquilidade psicológica, jurídica e material de quem busca o direito paterno. Dessa forma, resguardar-se-á o princípio da igualdade, num âmbito nacional-constitucional e em nível de tratados internacionais.

A investigação e o reconhecimento da paternidade evoluíram na história da humanidade, especialmente nos países ocidentais, chegando a posições quase igualitárias quanto aos direitos e à busca da efetividade de uma ação cidadã.

A filiação e a paternidade, embora muitas vezes usadas como designações

⁸⁹ BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente, Título II: Dos Direitos Fundamentais, artigo 27.

sinônimas, se diferenciam uma da outra, de maneira tênue e subjetiva, mas de consubstancial importância no direito de família. A filiação diz respeito tão-somente à linha direta de parentesco, sendo direito da personalidade, portanto, indisponível e imprescritível. É vínculo entre os filhos e seus genitores através das gerações. A paternidade, no entanto, não se exaure na relação jurídica entre pai e filhos, mas na qualidade de exercer uma função que se identifica com os sentimentos e expectativas sócio-afetivas paternas.

Por ignorância ou algum tipo de arbitrariedade, muitos pequenos cidadãos não têm a declaração do pai em seus registros de nascimento. O direito de saber quem é o pai biológico pode inclusive ser exercido em desacordo com a mãe. A Lei n.º 8.560 de 1992, por exemplo, que trata da regulamentação do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento civil, dá ao representante do Ministério Público a prerrogativa de representar o menor. Obtendo, portanto, a titularidade da ação de investigação de paternidade, ratifica-se a importância da paternidade, quando esta é negada aleatoriamente ou colocada em dúvida, e por isso não reconhecida sem a provocação judicial. Se para a mãe pode ser constrangedora a iniciativa do Ministério Público, quando aquela discorda do desejo do filho, para este é um direito indisponível. Os pais biológicos devem ser chamados à responsabilidade, como consta na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, além do senso moral, popular e religioso.

A *certeza* da paternidade, concretizada com a perícia genética, precipuamente com o exame em DNA, é pensamento universal e de evolução cultural, resultando na efetividade da Justiça. O acesso aos mecanismos para desenvolver e fazer andar o Direito é de interesse de todos os países democráticos e que acreditam na prioridade de uma vida digna, dentro de padrões que cumpram os direitos fundamentais do homem. A responsabilidade quanto aos serviços básicos direcionados à criança e ao adolescente, com o advento do ECA, foi subdividida e atribuída, também, de forma ampla, para os municípios e a sociedade civil.

A cidadania, que é a todo momento valorizada no texto do Estatuto, movimenta uma prestação integral dos direitos das crianças e dos adolescentes. Os *pais naturais* são os primeiros a terem o dever de criar e educar os filhos. Na sua ausência é que serão apresentados os demais possíveis responsáveis. O vínculo afetivo é essencial na construção da personalidade e integridade da pessoa. Tanto a criança como o adolescente devem sempre ser ouvidos, quando já tiverem capacidade de expressar suas vontades. O ECA veio consolidar a cidadania infantil e do adolescente como principal fonte de princípios constitucionais, valorizando a convivência e o ambiente familiar adequado, em que os direitos tutelados sejam respeitados. A integridade psicológica da criança é muito especialmente estruturada sob um vínculo afetivo.

O direito ao acesso à Justiça, no Brasil, é um privilégio, tendo se configurado por longa data tão-somente na esfera trabalhista. Não há que se esquecer, por óbvio, o valor social da Lei n.º 1.060 de 1950, já mencionada anteriormente. Entretanto, o instrumento essencial para efetividade dos direitos da cidadania só veio a se expandir na década de 80. Envolvendo o direito à filiação e a uma paternidade, estão na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, fatores salutareos na busca de uma melhor justiça. A *primeira onda* de Cappelletti começa a se realizar no seio da sociedade brasileira, de maneira mais ampla e consciente.⁹⁰ Talvez a lucidez de se enxergar que, no Brasil, a *minoría* é a maioria.

Diz o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. § 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado. § 2º. As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.⁹¹

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. p.31.

⁹¹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente. Título VI: Do Acesso à Justiça, artigo 141.

O filho é resultado de uma concepção a dois. Excetuam-se aqui as fertilizações *in vitro*, como banco de sêmen e “barrigas de aluguel”, além de outros mecanismos artificiais de reprodução assistida no âmbito da engenharia genética, por comportarem matéria diversa à essência deste trabalho e ensejarem um estudo à parte. Já era tempo da sociedade reconhecer que o maior prejudicado de todo um preconceito comportamental é o filho gerado do relacionamento, não os pais ou mais precisamente a mãe. E isso se refletiu na legislação. Pela Constituição Federal deve haver garantia e prioridade da dignidade do filho, que não há de ter diferenciação pelos vínculos de seus genitores. A intolerância à discriminação leva à prevalência dos direitos da descendência. É corroborado, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente o direito indisponível e por vezes vital de se querer saber sobre sua origem genética. A criança, de um modo geral, sente-se incompleta por não ter uma referência paterna. Surgem os problemas na escola, na vizinhança e nas relações sociais de um modo geral. Ter um “nome”, história e referências são aspirações comuns nesse processo que envolve interesses e emoções. O princípio da paternidade responsável está declarada nos artigos 226, § 7º e 227, § 6º da Constituição Federal.

A investigação da paternidade, que é infinitamente superior a qualquer investigação quanto à maternidade, em conflitos judiciais, pode ser buscada a qualquer tempo, não só pela criança, como pelo adulto. Entretanto, para que o suposto pai seja submetido por ordem judicial a um exame em DNA, há por bem que o juiz tenha pelo menos fortes indícios ou dúvidas de que ele é o pai. Não tem por que ordenar a uma submissão de exames de imediato nos autos, sem que o ouça em contestação e produza outras provas. Quando se chega à necessidade do ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade, deve-se atentar para o fato de que se encontram em questão valores humanos fundamentais, como a honra e a identidade. As partes envolvidas estão discutindo sobre vínculos familiares e sentimentos personalíssimos. A indisponibilidade do que se encontra *sub judice* é direito

constitucionalmente essencial ao ser humano, na busca de uma proteção eficaz, consolidando os bens mais elevados do homem.

Diz Veronese: “À medida que o Poder Judiciário vê ampliada a sua tarefa judicante, faz-se mister questionar se ele tem à sua disposição os mecanismos imprescindíveis à efetivação dos interesses difusos.”⁹² O Judiciário, quando bom prestador de serviços à sociedade, não apenas sob o ângulo jurídico, como também demonstrando a vontade concreta do Estado, através da eficácia das leis, há de ter sempre uma conotação social, numa coexistência de bem-estar geral. Deverá salvaguardar plenamente os direitos fundamentais do homem em geral e, no caso do Brasil, assegurados esses direitos pela Constituição Federal, assume o Poder Judiciário o papel de guardião dos direitos da sociedade, ao zelar pela aplicação da lei e, anteriormente, ao analisar a sua elaboração, se respeitados os moldes constitucionais. E mais, o Poder Judiciário tem que se conscientizar do papel fundamental de protetor dos direitos das crianças e dos adolescentes, em especial, zelando pela aplicação de políticas sociais de massa que os beneficie. O resgate dos já marginalizados à cidadania digna e a prevenção contra a violação de direitos e princípios constitucionais assegurados, levam à democratização fática da teoria estatal. Daí a necessidade de atualização de mecanismos imprescindíveis à efetividade de direitos. A criança e o adolescente são, teoricamente, prioridades brasileiras, mas tudo indica um descaso pelas causas da infância e da juventude, nos âmbitos social, educacional ou de segurança. A legislação brasileira, seja constitucional ou especial, como é o caso do ECA, tem que ser pautada pela real e condizente utilização do processo e seus procedimentos.

A realidade apresenta um quadro inoperante, quando se pensa no número de crianças e adolescentes que têm respeito garantido no âmbito dos seus interesses e direitos. O

⁹² VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. p. 221.

acesso à Justiça, por parte deles, em todas as etapas do processo, há que sofrer uma mudança na consciência cidadã de dirigentes, políticos e empresários, para que seja um verdadeiro cidadão, gozando de proteção e atendimento às suas reivindicações. A igualdade social do homem, que os preceitos constitucionais tentam implantar, refletir-se-á, ainda, nas diferenças de pessoa para pessoa, quando se fala de determinações genéticas.

3.4- Função Paterna.

Se se está à procura da paternidade, é para completar ou adquirir uma família. Aquela que é vista sob a ótica do companheirismo, amor e sonhos. É verdade que prova-se a paternidade biológica, de forma considerada absoluta, pelo exame em DNA, mas por vezes não impede a permanente distância entre pai e filho, sendo difícil o surgimento da afetividade. Mas, em parte, o direito que foi querido, concretizou-se por força, também, da perícia genética. A escolha pela paternidade, seja biológica ou adotiva, deve estar na essência do amor. O senso de responsabilidade do então pai, aliado à afeição, há que se desenvolver numa busca maior pelo reconhecimento dos direitos e garantias dos filhos.

O problema colocado em estudo engloba a paternidade genética, mas desejada pelo filho e sua mãe, envolvendo o suposto pai, por direito ou tão-somente sentimentos. Portanto, não está a consangüinidade superior à opção de ser pai. Cogita-se muito especialmente sobre aquela pessoa que não conhece a figura paterna e a sua real função. Fala-se do espaço em branco no registro civil⁹³, no lugar do nome de um pai e dos comentários

⁹³ Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a situação era pior para o cidadão, haja vista que, no local do nome do pai, não declarado no registro de nascimento, constava-se a expressão "pai ignorado".

indesejáveis dos *amigos*, especialmente quando se é criança. Tudo isso leva ao ressentimento para a vida adulta.

Sabe-se, perfeitamente, que a verdadeira paternidade não é a biológica. Mas, se não se tem pai declarado ou por razões pessoais se quer saber a origem genética, o Estado deve providenciar, para as pessoas carentes, meios eficazes e seguros, o quanto antes, para livrar dessa angústia seus cidadãos. O direito e a realização de uma *justiça* não devem ser diferentes pelas discrepâncias sócio-econômicas. Muitos supostos pais, duvidosos da paternidade a eles atribuída, após a confirmação através do exame em DNA, rigoroso e seguro, assumem uma postura desejada pelo filho e pela comunidade, que é a paternidade social responsável, efetiva e afetiva. As paternidades biológica e social se complementam dessa forma. As situações de dúvida, mesmo em casos de filhos gerados no seio de um casamento civil, religioso ou de fato, devem ser esclarecidas, para que as tomadas de posição, quanto ao tratamento, sejam abertas e aceitáveis incontestavelmente. Pode ser a motivação necessária para uma mudança no comportamento paterno-filial. O aspecto positivo é inegável em muitos casos, que levam à verdadeira responsabilidade da função paterna.

Não há que se substituir, jamais, um vínculo afetivo por um biológico. Pais são os que educam e protegem. O afeto é um dos vínculos mais importantes a permitir o desenvolvimento digno e pleno da criança, para a formação do homem sujeito do exercício dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais realizar-se-ão quando cumpridas e respeitadas todas as condições valorativas atribuídas a qualquer cidadão, numa proteção integral e antidiscriminatória.

Havendo *paternidade afetiva* e não sendo interesse da criança ou do adolescente a busca da paternidade biológica, essa não deverá ser questionada ou vasculhada. O direito fundamental a uma convivência familiar já está consolidado, devendo prevalecer essa paternidade amorosa e social.

O conceito sociológico de *familia* está acima de qualquer organização estatal, jurídica ou de delimitação restrito-religiosa. O rigor da lei foi se esvaziando e as relações familiares, base de uma sociedade e, neste caso, paterno-filiais, foram ocupando o espaço que se deseja, também, seja preenchido pelo afeto. É o vínculo amoroso com o filho, sem nivelamento de “pai” e “genitor”. A valorização há de ser recíproca de todos os membros de uma família.

Essas poucas observações feitas, quanto ao valor inestimável da paternidade, são no sentido de que se saiba, mais uma vez, que o que se questiona neste trabalho é especialmente o direito do conhecimento, por interesse de quem de direito, sobre a sua paternidade biológica e uma possível concretização do direito ao afeto. Acrescenta-se, portanto, a obrigação do Estado em cumprir o preceito constitucional de melhor providenciar os meios para quem não tem como exercê-lo, por dificuldade econômico-financeira.

Capítulo IV – O Exame em DNA e o Acesso à Justiça.

4.1- O Exame em DNA nos Tribunais

A criatividade judicial, sob o princípio da responsabilidade, é fator imprescindível na atualidade jurídico-social, para que o povo se satisfaça em seus direitos. Tudo isso consubstanciado, ainda, nos princípios do acesso à Justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade, que levarão à efetividade das aspirações, as massas populares, especialmente as mais carentes, resultando em soluções equilibradas.

Quando se analisa tudo o que foi exposto neste trabalho, desde os princípios constitucionais, a sua concretização pelo acesso à Justiça, até o direito de estar inserida uma perícia genética, em tempo razoável, de forma segura e competente, vê-se que, de um modo geral, o Direito estará sempre em atraso em relação aos fatos, pela razão óbvia da própria evolução do homem. Entretanto, para o problema posto em estudo, já existe uma determinação constitucional, as quais requerem efetiva e irrestrita concretização.

Como forma de delimitação e de uma visão mais próxima e concreta do que ocorre com alguns direitos fundamentais do cidadão, pode-se ver que a *justiça* material e de procedimentos é tão complexa como a possível *justiça* em sentido axiológico. Partindo do princípio de que uma das formas de acesso à Justiça foi alcançada, qual seja, de acesso ao Poder Judiciário, que é estar ativamente exercendo a cidadania frente a quem possui a jurisdição, observa-se que, concretizar o que está expresso em lei e tentar alcançar o que ela

visa proteger é também um obstáculo a ser vencido, em prol da verdadeira efetividade dos dois sentidos de justiça.

As decisões judiciais já estão bastante consolidadas, no sentido de se considerar como essencial o exame em DNA, como uma das provas da paternidade, quando forem precárias, duvidosas ou inexistentes outras formas de comprovação do vínculo amoroso ou apenas sexual entre um homem e uma mulher, que deu origem a uma criança.

Seguem abaixo algumas jurisprudências. Cita-se, primeiramente, uma decisão, datada de 11 de abril de 2000, do Tribunal de Justiça do estado de Goiás (TJGO), na qual ressalta-se o exame em DNA, mesmo quando não há fragilidade da prova testemunhal:

Perícia genética. (...) Nas ações de investigação de paternidade, a prova científica – consubstanciada na perícia genética pelo mapeamento de impressões digitais de DNA, portadora de alto grau de certeza, direta que é, tem ela peso incontestável – superior ao da prova indireta na formação do livre convencimento –, na medida em que seu resultado se mostre categoricamente infirmativo da perfilhação irrogada, de tal sorte que por mais robusta que se apresente a prova testemunhal, não terá o condão de elidir o valor do exame científico respectivo. (TJGO – AC 51.000-7/188- 2ª C. Cív. (1ª T.) – Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis . J. 11.04.2000).⁹⁴

As jurisprudências a seguir, do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina (TJSC) e do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), tratam de pedido de exame em DNA, quando o processo já está em fase recursal, ressaltada na decisão a importância de diligências extraordinárias, quando se fizerem necessárias:

Paternidade – direito inerente à personalidade civil – investigação – fragilidade probatória – *exceptum plurium concubentium* indemonstrada – mulher de conduta inabalada – sentença de improcedência – pedido de exame de DNA na fase recursal – admissibilidade, *in casu* – sentença anulada – a paternidade, como um direito indisponível que é, inerente à personalidade civil, deve ser investigada da forma mais abrangente possível. Diante da fragilidade da prova oral, não restando excluída a paternidade pelo exame hematológico e não demonstrada a *exceptum plurium concubentium*,

⁹⁴ Ementário de jurisprudência. In: *Revista brasileira de direito de família*. p.132-3.

se afigura imprescindível a realização do exame de DNA para o esclarecimento da verdade. O mister do juiz não é simplesmente o decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito, para tanto incursionando diligências até extraordinárias, subsidiárias, se necessário. (TJSC – AC n.º 45.096 – 1ª C. Cível – Rel. Carlos Prudêncio – DJSC 17.04.1995)⁹⁵

Apelação Cível – Investigação de Paternidade – preliminar de conhecimento de agravo retido – recurso tempestivamente interposto contra o indeferimento de realização do exame de DNA – conhecido e provido – sentença anulada – oportunidade de realização do exame DNA a fim de que seja propiciado um julgamento com maior segurança – verificando-se, ao contrário do que certificou o escrivão, que o agravo retido foi interposto tempestivamente, é de se acolher a preliminar argüida na apelação para conhecê-lo e reformar o despacho que indeferiu a realização de exame de DNA, para que seja oferecida às partes a oportunidade de realização desse exame, o que propiciará maior segurança no julgamento. (TJMS – AC – Classe B – XV – n. 53.826-1 – Jardim – 2ª T.C. – Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves – J. 25.11.1997)⁹⁶

A maior segurança advinda aos autos processuais, através do exame em DNA, colocará o magistrado numa situação fática e pericial que melhor alicerçará o seu julgamento. Não há que se confundir essa segurança com demora e burocracia processual. O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais (TJMG) considera o incontestável peso superior do exame pericial em DNA, na busca da paternidade, sem, contudo, desprestigiar as demais provas advindas aos fatos alegados no decorrer do processo judicial, como pode ser constatado a seguir:

Investigação de Paternidade – prova científica – exame pelo método DNA – peso superior sobre prova indireta – formação do livre convencimento do julgador – Na investigação de paternidade, a prova científica relativa à perícia médica feita pelo método DNA, direta que é, na medida em que seus resultados se mostrem categoricamente afirmativos, ou excludentes da paternidade, tem ela peso incontestável superior ao da prova indireta na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando vem completar farta prova indiciária. (TJMG – AC 11.223/5 – 2ª C. – Rel. Des. Bernadino Godinho – DJMG 16.12.1994).⁹⁷

⁹⁵ www.sintese.com

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

A recusa do demandado ou dos demandados à submissão ao exame em DNA tem tido posicionamentos diversos dos tribunais, como se pode ver com uma decisão do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, que chegou a admitir, por consequência, a presunção da paternidade.

Civil – Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos – *exceptio plurium concubentium* – prova que deve ser convincente – recusa do exame DNA– consequências – termo inicial dos alimentos – recurso provido parcialmente – precedentes jurisprudenciais – A *exceptio plurium concubentium*, para excluir a paternidade, deve se basear em prova convincente, estreme de dúvida, da desonestidade da mãe do investigante ao tempo da concepção. Hipótese em que houve recusa expressa do investigado em se submeter ao exame DNA, gerando presunção da paternidade. Os alimentos são devidos a partir da citação. (TJSC – AC 96.007562-3 – Joaçaba – Rel. Des. Amaral e Silva – 3ª C.C. – J. 03.12.1996)⁹⁸

Entretanto, a tendência dos tribunais é no sentido de que, a recusa em se submeter ao exame pericial mais avançado não gera presunção ou confissão de paternidade; não obstante tal situação deixar os julgadores se levarem por fortes indícios de que se trata do genitor. As demais provas deverão ser apreciadas nos autos do respectivo processo. A condução “debaixo de vara” do suposto pai é, por maioria, condenada. Questiona-se o respeito às garantias constitucionais do cidadão, como a intimidade e a dignidade humana. Isso não impede que haja posicionamentos no sentido de se acreditar na total inaceitabilidade de alegação, por parte do(s) demandado(s), de qualquer dano constitucional, moral, físico ou psicológico, advindo, por exemplo, de uma coleta de sangue, que poderá resultar num valor humano superior, que é a determinação de uma paternidade.

Civil – Investigação de Paternidade e Alimentos – recusa de se submeter ao DNA somada a prova das relações amorosas e da honestidade da mãe do investigante – procedência do pedido – réu condenado a pensionar o autor – verba razoável devido as condições do alimentante e do alimentário – alimentos que correm da citação –

⁹⁸ Idem.

precedentes jurisprudenciais – Comprovado o relacionamento amoroso à época da concepção e a honestidade da mãe do investigante, cujo investigado se omite ao DNA, tem-se como demonstrada satisfatoriamente a paternidade. "A recusa do investigado à realização da prova pericial sanguínea, senão equivale de *per si* à confissão da paternidade, robustece a convicção do laço familiar que lhe é irrogado, uma vez convergentes nesse sentido os demais elementos probantes" (Ap. Cív. nº 43.750, de Itajaí, Rel. Des. Alcides Aguiar, publicada no DJE de 7.7.94, p. 09). "Em tema de investigação de paternidade, o juiz dispõe, na apreciação da prova de um grande arbítrio e por não poder a prova repousar sempre numa certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção" (AP – Cív. 34.570, de Joinville, Rel. Des. Wilson Guarany, publicada no DJE nº 8.241, de 30.4.91, p. 08). "- Os alimentos devidos ao investigado, consoante orientação fixada no STF a partir do REsp 2.203, relator o Ministro Waldemar Zveiter, e porque constituem obrigação natural do pai, são devidos desde a citação, ainda que reconhecida a paternidade somente a partir da sentença" (Ap. Cív. nº 37.789, de Porto União – rel. Des. João José Schaefer). (TJSC – AC 96.007306-0 – Videira – Rel. Des. Amaral e Silva – 3ª C.C. – J. 26.11.1996)⁹⁹

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJSP) assim se pronunciou quando houve recusa do suposto pai à realização do exame pericial:

Investigação de Paternidade – Deferimento de prova pericial – Exame do DNA – Admissibilidade – Apesar disso, o indigitado pai não está obrigado a comparecer ao exame, caso em que a sua negativa de submeter-se à prova, poderá militar contra ele. (TJSP – AI 39.093-4 – 1ª CDPriv. – Rel. Des. Gildo dos Santos – J. 01.04.1997)¹⁰⁰

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) manifesta indignação se se submeter alguém a um procedimento contrário à sua disposição, em questões relativas ao exame em DNA:

Investigação de Paternidade – exame DNA – condução do réu debaixo de vara – Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF – HC 71.373 – RS – T.P – Rel. p/ Ac. Marco Aurélio – DJU 22.11.1996)¹⁰¹

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão datado de 07 de agosto de 2000, assim se pronunciou quanto à recusa do suposto pai em se submeter ao exame em DNA e a presunção da verdade:

Data:07/08/2000 - Min. Antônio de Pádua Ribeiro (280) T3- Terceira Turma Civil. Ação de Investigação de Paternidade. Prova. I - A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial. II - Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal. III - Recurso especial conhecido e provido. (...)

Procedência, Ação de Investigação de Paternidade, hipótese, mãe, autor, comprovação, relação sexual, ocorrência, recusa, réu, realização, exame de DNA, caracterização, presunção da verdade, referência, alegação, parentesco. (voto vencido) (Min. Antônio de Pádua Ribeiro) não conhecimento, recurso especial, decorrência, necessidade, reexame, matéria de fato, matéria de prova. Leg: Fed Sum:000007 - (STJ) Resp 55958-RS, Resp 135361-MG (STJ)¹⁰²

Em todas as decisões, até então citadas, viu-se a importância da realização do exame em DNA. Não houve, entretanto, a discussão sobre a gratuidade do mencionado exame. O direito de dispor desse exame, como prova cabal na investigação de paternidade, é altamente valorizado e por vezes julgado essencial. A *certeza* advinda com o resultado da perícia genética, leva o julgador, como dito anteriormente, a uma maior tranquilidade quando da emissão de seu convencimento, através de uma decisão fundamentada, legal e

¹⁰¹ www.stf.gov.br

¹⁰² www.stj.gov.br

cientificamente, em dados que convencem as partes e satisfazem a expectativa social, mesmo que o resultado do exame não seja exatamente o esperado. Portanto, tal benefício não deve ser usado tão-somente pelos que possuem recursos financeiros. Caso contrário, *os pesos e as medidas* serão diversos para os que dispõem da possibilidade de realizar o exame em DNA, por responsabilidade financeira própria, e os que não têm outra alternativa senão buscar a efetividade do dispositivo constitucional, quanto à gratuidade integral da assistência jurídica. Assim, caracteriza-se como verdadeiro acesso à Justiça a disponibilidade para a sua realização. Não há que se conceber que, para decidir uma ação, que envolva quem pode e quem não pode arcar com os custos de uma determinada prova, os valores jurídicos, morais e intelectuais dos julgadores sejam diferentes.

4.2- O Discurso Jurídico de Justiça e a Realidade Social.

A intervenção do Estado, assunto tão discutido e por vezes polêmico no campo do Direito, assume caráter necessário nas relações sócio-econômicas, por visar à consolidação do estabelecimento de regras de responsabilidade e ao mesmo tempo limitadoras de atuação dos poderes públicos. Tudo isso, na medida da provocação e do interesse de quem busca o amparo estatal.

A auto-aplicabilidade do inciso LXXIV, artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deveria ser algo inquestionável ao exercício elementar da Justiça. O movimento de acesso à Justiça precisa estar atendo à ética e à concretização dos princípios constitucionais aos grupos excluídos, seja pelo Estado ou por organismos sociais e

profissionais. São novos conceitos e perspectivas que nascem com o que se quer que seja o acesso dos cidadãos à Justiça, a começar pela educação e informação, que são privilégios de poucos, no Brasil, desembocando na rapidez e efetividade, que é a eficiência, em tempo razoável, na produção de resultados satisfatórios.

Vê-se, a todo tempo, como já mencionado anteriormente, a *primeira onda* de Cappelletti, que trata da assistência jurídica para os pobres, e a *terceira onda*, que versa sobre a informalização do procedimento de resolução de conflitos, se completarem como avanços nas modernas democracias ocidentais, no âmbito do acesso à Justiça. Mas, muitas pessoas não têm consciência de que são titulares de direitos, pela ausência de informação, que as leva à passividade e ao conformismo quanto ao entendimento de sua dignidade, de sua intimidade, da eficiência dos serviços públicos, do acesso à Justiça e de tantos outros direitos. O Estado não é bom porque desenvolve uma garantia constitucional. É um direito do cidadão. As pessoas têm que conhecer seus direitos e suas obrigações frente ao Estado, para que a Constituição não seja uma simples *folha de papel*.¹⁰³ A população desprovida de recursos financeiros tem direito, por exemplo, a programas sociais e de saúde pública, inclusive com técnicas avançadas de análises moleculares e citogenéticas, que alcance um maior número possível de usuários.

A título exemplificativo, a própria legislação estadual de Minas Gerais oferece a Lei n.º 12.460 de 1997, regulamentada pelo Decreto n.º 38.950 do mesmo ano, que trata do exame pericial gratuito em ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), concedido às pessoas carentes no estado de Minas Gerais. Esse serviço teve iniciativa pioneira e é uma vitória, frente ao que ocorre com a maioria absoluta nos demais estados brasileiros. Entretanto, atende apenas em parte ao seu objetivo, haja vista não comportar em tempo satisfatório a demanda,

¹⁰³ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* p.73-4.

levando, nos dias atuais, cerca de 16 (dezesesseis) anos para a sua realização. Para as comarcas do interior a situação ainda é pior, em função da distância. Aquelas concorrem em desvantagem se comparadas aos pedidos da capital, que, com certeza, chegarão anteriormente. São autorizados apenas 25 exames mensais. Trata-se do convênio da Secretaria Estadual de Saúde (SES) com o Núcleo de Pesquisas em Apoio ao Diagnóstico (NUPAD), pertencente ao Curso de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Há, ainda, mais recente, um convênio entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o NUPAD/UFMG, oferecendo 30 exames mensais, mas que ainda não se mostrou efetivamente beneficiador, sobretudo para as pessoas que não residem na capital mineira (Belo Horizonte). E, mesmo que este último serviço citado fosse eficiente, ainda não resolveria o problema. O NUPAD é competente tão-somente para a execução do exame, não sendo o responsável pelos agendamentos futuros, tendo conhecimento exclusivo dos exames atualizados e reivindicados mensalmente.¹⁰⁴ O problema está em: a atual estrutura da Assistência Jurídica viabiliza a efetividade do acesso à Justiça em tempo hábil e satisfatório, para a população carente nortemineira, quanto à certeza da paternidade advinda da perícia genética, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988 e na legislação estadual de Minas Gerais?

A Lei Mineira (n.º 12.460 de 1997), sob análise, é limitadora quanto à feitura do exame em DNA, devendo realizar somente “em sangue periférico retirado do trio composto pela mãe, pelo filho e pelo suposto pai, excluídas as demais modalidades de exame para

¹⁰⁴ O Convênio da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais (SES/M.G.) e o Núcleo de Pesquisa e Apoio ao Diagnóstico da Universidade Federal de Minas Gerais (NUPAD/UFMG) é agendado, até a presente data, na SES, em Belo Horizonte- M.G. através da Superintendência de Desenvolvimento Organizacional. O Convênio do TJMG e o NUPAD é agendado no próprio Tribunal de Justiça, sob a responsabilidade do atual Juiz de Direito da 3ª Vara de Família de Belo Horizonte- M.G.

investigação de paternidade.”¹⁰⁵ Dessa forma, em caso de morte do suposto pai, por exemplo, a criança pode ficar prejudicada, tendo em vista a probabilidade de um julgamento desfavorável quanto à paternidade. Isso pode ocorrer quando as demais provas colhidas, sejam documentais ou testemunhais se mostrarem fracas, inconsistentes ou até contraditórias. É, portanto, cerceamento de execução de princípio constitucional, no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão.

Quando da regulamentação da Lei supra citada, constou-se outra limitação no respectivo Decreto (n.º 38.950 de 1997), no qual se diz que “o Estado não arcará com despesa de locomoção ou estada das partes para realização do exame.”¹⁰⁶ Para a grande maioria dos beneficiados da assistência jurídica gratuita, que moram no interior do estado de Minas Gerais, as despesas relativas à viagem e estada se apresentam impossíveis de se efetivarem. O acesso à Justiça abrange toda e qualquer forma de ação que vise alargar os trâmites procedimentais e processuais de interesse de um determinado cidadão, colocando-o em igualdade de condições com aquele que dispõe de recursos financeiros.¹⁰⁷

O direito fundamental de se ter um pai declarado formalmente ou de esclarecer que não se é o pai, deve estar acima de quaisquer empecilhos formais e materiais advindos de questões políticas ou econômicas. A busca pela verdade, no caso do exame em DNA, não é uma cobertura à burocracia, nem alimenta formalismos, pois é de fácil e rápida solução, desde que haja o interesse do poder público. Impor pena a um inocente ou negar direito indisponível a outro é tão doloroso para a parte, como deverá (ia) ser para o juiz ou para a sociedade. O

¹⁰⁵ BRASIL. Lei estadual de Minas Gerais de n.º 12.460, de 15 de janeiro de 1997, parágrafo único do artigo 1º, que determina o pagamento, pelo Estado, das despesas com o exame do ácido desoxirribonucléico –DNA- para investigação de paternidade.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto estadual de Minas Gerais de n.º 38.950, de 25 de julho de 1997, que regulamenta a Lei 12.460, de 15 de janeiro de 1997, artigo 4º.

¹⁰⁷ Existe, inclusive, um Projeto de Lei do Senado Brasileiro, datado de 11 de maio de 1999, que dispõe sobre a gratuidade da realização de exames de Código Genético (DNA) para “instruir processos de reconhecimento de paternidade”. No dia 14 de abril de 2000 fora remetido à Câmara dos Deputados para revisão. Embora seja um projeto atrasado, haja vista a data da Constituição Brasileira, não deixa de ser um avanço na conscientização político-administrativa do Governo.

valor “justiça” é visto como objetivo da jurisdição no plano social, buscando uma satisfação pessoal dos que devem ter acesso à Justiça, como efetividade do processo.

O artigo 5º do Decreto n.º 38.950 de 1997 diz da quantidade máxima de exames, por mês, autorizada pela SES, qual seja, 25 (vinte e cinco), como fora dito anteriormente. Não é novidade que esse número seja pequeno e que não ofereça uma justiça satisfatória. Os pedidos de exames se prolongam na SES, até a presente data (ano de 2001), para o ano de 2016 (dois mil e dezesseis). E assim continuará se não houver maior conscientização de todos e oferta do serviço essencial ao público de direito. A efetividade do enunciado na legislação pode estar sendo cumprido, mas a efetividade da justiça, diante da realidade, não. A divulgação de que se tem e faz, não basta por si só na realização da justiça e da adequação aos princípios constitucionais enunciados no decorrer deste estudo, haja vista que não se deve “fechar os olhos” para a realidade e fingir que o que se faz é suficiente.

As crianças e os adolescentes de hoje não o serão daqui a uma década e meia. Os seus direitos primários e primordiais já terão sido infringidos. A “fila” que se enfrenta na busca da efetividade da justiça é muito maior do que a coragem de permanecer lutando (ou iniciar uma luta) frente a um tão longínquo direito, que mudará a vida de um cidadão (ou de vários). Mas não só a paternidade afetiva e material (alimentos, herança,...) é visada, como também toda a carga de uma origem genética, de identificação e prevenção de doenças. O tempo não trará de volta os direitos materiais, psicológicos, afetivos e quem sabe, em nível da saúde, que se perderam nos anos angustiantes de espera.

Se se considerar que os 25 exames mensais, autorizados pelo Estado de Minas Gerais, no convênio SES/NUPAD, sejam efetivamente realizados, já não são suficientes. Ressaltam-se, portanto, as dezenas de casos de não comparecimento das partes envolvidas, por faltar condições de locomoção e demais estruturas básicas. Portanto, não são realizados os 25 exames, tendo em vista que os agendados para um determinado mês, pela SES, não

ocorrem de fato. As vagas não são preenchidas imediatamente.¹⁰⁸ Questiona-se, assim, o interesse e a presteza do Estado no bem servir à população. O desejo da efetividade de um preceito legal e, no caso específico, do conhecimento da paternidade, vai de encontro com uma possível satisfação da realidade social.

Uma infra-estrutura básica de transporte do material colhido em qualquer região do estado ou do país, através de convênios com laboratórios locais das cidades do interior ou de transporte e estada para as partes envolvidas na coleta do sangue, já seria um avanço no desenrolar da efetiva justiça. Não obstante a constatação negativa de uma destinação numérica, reduzida e delimitadora, para os exames em DNA, nos processos que envolvem pessoas carentes em Minas Gerais, esse estado ainda está à frente da maioria absoluta dos demais estados brasileiros, quanto à regulamentação e efetividade de busca de um direito proclamado constitucionalmente.¹⁰⁹

Não há como esperar outra visão dos operadores da justiça, senão uma visão sistêmica, em que a teoria e a prática se completem de maneira efetiva. A eficácia dos dispositivos que compõem o ordenamento jurídico é o ápice da fundamentação principiológica que sustenta os direitos.

Os direitos humanos tendem a aumentar à medida que a ciência e as modificações das relações sociais se apresentam na sociedade. Daí a importância do acompanhamento das concepções éticas e axiológicas, que devem estar presentes na vida de cada cidadão. Cabe ao Estado, portanto, defender e efetivar os direitos constitucionais de seu povo ao longo da

¹⁰⁸ Conforme o Superintendente de Desenvolvimento Organizacional da Secretaria Estadual de Saúde (SES) do estado de Minas Gerais, sr. Frederico Stéfano de Oliveira Arriero, a SES recebe 120 (cento e vinte) solicitações para realização do exame em DNA, por mês, por parte do Poder Judiciário mineiro. Afirma, ainda, que até o mês de agosto de 2000 foram convocados 1.682 (um mil seiscentos e oitenta e dois) interessados e foram realizados efetivamente 762 (setecentos e sessenta e dois) exames periciais, estando 4.500 (quatro mil e quinhentas) pessoas cadastradas (na fila) à espera do exame.

¹⁰⁹ O Distrito Federal possui a Lei n.º 1.097, regulamentada pelo Decreto n.º 18.314 de 1997, que trata da realização de exames gratuitos em DNA, pela Divisão de Pesquisa de DNA Forense da Polícia Civil do Distrito Federal (DPDNA/PC-DF).

história que for apresentada para a sua administração. É preciso alargar a visão e a capacidade de adaptar-se a mudanças. Cita-se, para tanto, uma reflexão de Dinamarco:

Nesse retorno à dogmática processual, é sobretudo indispensável a atenção a certos temas que, pela sua relevância para o aperfeiçoamento do sistema, clamam por reformulações ou mesmo ingresso nas preocupações do processualista. Trata-se *a)* da legitimidade ativa *ad causam*; *b)* da assistência jurídico-judiciária; *c)* dos meios alternativos para a solução de conflitos; *d)* da simplificação processual; *e)* do juiz participativo, em diálogo com as partes; *f)* do direito à prova; *g)* da extensão da eficácia dos julgados...¹¹⁰

A garantia política de fidelidade aos poderes públicos consiste no respeito por parte destes à legalidade constitucional e também aos direitos fundamentais. E a garantia social é precisamente a condição da efetividade de todo o ordenamento do sistema normativo de garantias jurídicas e políticas. As lutas pelo direito, além de afirmarem as necessidades vitais, produzem mudanças progressivas no direito positivo, garantindo a efetividade da democracia, que é fruto constante de tensão entre o poder político-representativo e o poder-social.

A Constituição Federal afasta a incidência de princípios meramente conservadores ao enfocar outros, que valorizam mais intensamente as relações e os anseios sociais, como a proteção da paternidade e da maternidade e o princípio da paternidade responsável, com real dignidade da pessoa humana. São as conseqüências da amplitude dos aspectos familiares e afetivos, a qual leva à igualdade os filhos. É o Estado, com substrato da família, compromissado com o bem-estar de todos, agindo através da *verdade* biológica, pelo legítimo direito do cidadão de saber sobre sua paternidade.

Para efetivar um direito constitucional fundamental, como a paternidade, a perícia genética serve como busca de prova numa investigação de paternidade. Entretanto, vê-se que o serviço prestado às pessoas carentes financeiramente, através da assistência jurídica, está

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p.320-1.

aquém da realidade, no que diz respeito à disponibilidade de recursos, sejam humanos ou materiais.

A ética e a dignidade devem inibir aqueles que se acham poderosos, tornando-se falsos líderes, descomprometidos com a sociedade como um todo. A conscientização dos advogados e demais profissionais da Justiça a respeito da ética no exercício profissional e os seus deveres morais para com a sociedade são preocupações com a própria ética dos afiliados de cada entidade de classe, encaminhando o país a um desenvolvimento munido de solidez de valores, voltados para o bem-estar social. Os profissionais do Direito do futuro, ao se formarem com bases sólidas em direitos fundamentais e cidadania, estariam ainda mais reforçando a vontade da maioria, fazendo valer a lei, a razão e a justiça. Como alicerce para esse resultado enfoca-se o currículo de cada Curso, passivo de mudanças de mentalidade e de postura dos operadores do Direito, em função da incansável busca da justiça.

Um dos desafios é exatamente assegurar a criação de órgãos capazes de promover assistência jurídica integral e gratuita aos carentes, incluindo a consultoria para a população pobre, conforme preceito constitucional. Embora a previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, seja de mais de dez anos, somente alguns estados instalaram sua Defensoria Pública, ainda com muitas deficiências.

O Serviço de Assistência Jurídica (S.A.J.) do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), norte de Minas Gerais, é citado como um exemplo regional de apoio e amparo à população carente, realizando, juntamente com a Defensoria Pública local, um trabalho possível frente às dificuldades estruturais (física, humana e legal) do Estado. Partindo desse ponto de vista regional, verifica-se que a demanda cresce a cada dia, demonstrando a carência da população. A UNIMONTES abrange uma área significativa em extensão e atendimento. O seu curso de Direito e conseqüentemente a sua prática jurídica, que é o *laboratório* que trabalha com o público alvo desse tema no norte

de Minas Gerais, exerce um papel relevante na comunidade, através de seus estudantes/estagiários, devidamente assistidos pelos professores e advogados. O S.A.J. exerce uma colaboração substancial e imprescindível, vez que o número de atendimentos supera o da Defensoria Pública local.¹¹¹ A prática universitária, através do S.A.J., oferecida aos desprovidos de recursos financeiros é aliada necessária da Defensoria Pública Estadual.

O assunto em tela é de grande abrangência, levando-se em conta que o Brasil é um país mal desenvolvido, onde a maioria de sua população não tem acesso à escola, à saúde, ao lazer e a tantos outros direitos que a Constituição Federal tenta garantir, mesmo que em palavras. O que se espera é exatamente ver o que já deveria existir no Brasil: saídas dignas e respeitadas para os seus habitantes, pagadores de impostos.

Em se tratando da realidade social, a relação posterior da criança com o pai, quando declarado formalmente, pode ter várias vertentes. Mas, a mais importante delas e a que deve ser levada em consideração, é a iniciação de uma postura de cuidado e de responsabilidade, que pode levar à atenção e ao sentimento de afeto paterno-filial. É claro que pode existir uma permanência de atitude negativa por parte do pai, mesmo depois de devidamente comprovada a sua relação genética com o filho. É a recusa afetiva de paternidade ou o total desinteresse pelo filho. Mas isso, independentemente de existir dúvida quanto à paternidade e ter havido um processo e procedimentos judiciais para tal comprovação, é da índole de cada ser humano. Muitos pais biológicos, que nunca tiveram dúvida quanto à sua paternidade com relação aos filhos, podem não ter uma postura de pai. Mas, a tentativa há sempre de ser válida, pelos resultados positivos que se obtêm. Não é muito ressaltar que, trata-se aqui, especialmente, de cidadãos que nunca tiveram pais declarados, e,

¹¹¹ Conforme livros de registro de clientes e fichas cadastrais arquivados no Serviço de Assistência Jurídica (S.A.J.) e dados não oficiais adquiridos junto à Defensoria Pública.

portanto, a tentativa é a chance de uma realização pessoal, embasada num direito constitucional.

A sociedade se vê tão desprotegida de serviços elementares e fundamentais, os quais deveriam partir do Estado, que se submetem a participar, por exemplo, de programas televisivos vexatórios.¹¹² Tais programas impõem às pessoas em busca do exame em DNA, situações expositivas e ridículas, sendo que cabe à obrigação constitucional abarcar em tempo e quantidade suficientes as reivindicações legais e justas dos cidadãos carentes.

A comunidade, como se sabe, tem sede de ética e de cidadania, unindo igualdade e dignidade para todos os seus membros, o que leva a um sentimento e comportamento de paz. A construção de sociedades democráticas é ponto elementar no respeito pelos direitos civis e políticos, advindos de tantas lutas históricas.

A auto-aplicabilidade dos princípios constitucionais, conforme exposto anteriormente, deve estar em sintonia com o correto uso da instrumentalidade processual. Os direitos adquiridos ao longo dos tempos, das gerações ou dimensões, são reais demonstradores do que se deve primar, garantindo, os operadores da Justiça, a efetividade de decisões e que as mesmas melhor se aproximem do conceito de justo. É, por exemplo, uma maior valorização, pelo poder público, de aumento de verbas destinadas à saúde, à educação e procedimentos que concretizem direitos fundamentais.

¹¹² Um exemplo desse tipo de programa é o do apresentador "Ratinho", no Sistema Brasileiro de Televisão-SBT

4.3-O Exame em DNA e a Assistência Jurídica

A obrigação do poder público, através de seus órgãos ou do Estado, em assumir as despesas oriundas do exame em DNA, em ação de investigação de paternidade, envolvendo carentes, é matéria constitucional, teoricamente, incontroversa. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não consolidaram, integralmente, o que o texto constitucional estatui, demonstrando que não há unanimidade no entendimento da auto-aplicabilidade do inciso LXXIV, artigo 5º, da Constituição Federal, invocando, inclusive, a questão orçamentária da União. A matéria é, portanto, controversa. Não obstante, há decisões do STJ, por exemplo, que atribuem ao Estado o dever de prestar assistência pericial gratuita aos necessitados, e essa é a tendência, como pode se ver a seguir:

Justiça gratuita. Perícia genética. Despesas. CPC, art. 19 e Lei n.º 1.060/50, arts. 3º-V, 9º e 14. É dever do Estado prestar ao necessitado assistência jurídica integral e gratuita (Constituição, art. 5º, LXXIV). (...) STJ- Resp 83030- (950067459-9)- MS- 2ª S. – Rel. Min. Waldemar Zveiter- DJU 20.04.1998.¹¹³

Alguns poucos tribunais regionais estão decidindo pela gratuidade da perícia genética, precipuamente pelo exame mais avançado, na atualidade, que é o DNA, como é o caso do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul (TJMS), no qual é o estado que mais decisões favoráveis se encontram, com base exclusivamente no dispositivo constitucional supra citado. Assim, por se sobressair de maneira qualitativa e numérica quanto à matéria em estudo, serão apresentadas algumas decisões desse estado brasileiro. Não se estar por contar, nesse momento, os estados que oferecem à população, de forma gratuita, o

¹¹³ *Revista brasileira de direito de família*. p.76-7.

exame em DNA, baseados em leis estaduais (como ocorre com o estado de Minas Gerais) ou outros mecanismos, mesmo que em número insuficiente para a demanda, pela delimitação temática de se querer uma análise constitucional.

Investigação de paternidade – perícia – exame DNA – beneficiários da assistência judiciária – obrigação do Estado de suportar as despesas decorrentes, adiantando-as como determinado pelo artigo 19 do código de processo civil – não incidência do artigo 27 do mesmo diploma processual – a Constituição Federal impõe ao Estado a prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados (artigo quinto, LXXIV) e nessa assistência incluem-se os honorários do perito (artigo terceiro, V, da Lei n. 1.060/50), sendo parte no processo beneficiário da assistência judiciária e não possuindo, o poder público, condições de realizar, através de seus órgãos, o exame pleiteado, está ele obrigado a arcar com as despesas decorrentes, antecipando-lhes o pagamento, sendo aplicável a regra estatuída no artigo 19 do código de processo civil, não incidindo, no caso, o artigo 27 do mesmo estatuto processual posto que cabível, somente no término da demanda e quando a fazenda pública exerce atividade meramente interventora no feito ou quando, como parte, nos processos de execução fiscal. (TJMS – AG – Classe B – XXII – n. 57.751-5 – Ponta Porã – 2ª T. – Rel. Des. Rêmolo Letteriello – J. 02.06.1998)¹¹⁴

A imprescindibilidade da realização do exame em DNA é ressaltada ao beneficiário da assistência jurídica gratuita, independentemente se a ação tenha sido ajuizada por advogado particular, defensor público ou promotor de justiça, como é exemplificado a seguir:

Agravo – ação de investigação de paternidade – exame *finger-print*/DNA, imprescindível para a solução da lide, requerido pelo ministério público – autor beneficiário da assistência judiciária – honorários do perito – obrigação do estado de suportar as despesas – a assistência judiciária é integral e gratuita aos necessitados e compreende a isenção dos honorários do perito (art. 5º, LXXIV, da CF e art. 3º, V, da Lei 1.060/50). em sendo o exame de DNA requerido pelo Ministério Público e em sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, o estado deve arcar com as despesas dele decorrentes, antecipando-lhes o pagamento. (TJMS – AG – Classe B – XXII – n.

¹¹⁴ www.sintese.com

56.481-4 – Bataguáçu – 2ª T.C. – Rel. Des. João Maria Lós. – J. 24.03.1998)¹¹⁵

Apelação Cível – Investigação de Paternidade – relação sexual incontroversa – exame de sangue não excludente – versão frágil apresentada pela mãe da criança – improcedência – não realização do DNA – verdade material não configurada – princípios da igualdade, do contraditório e ampla defesa e acesso à justiça ofendidos – erro de atividade caracterizado – recurso provido – sentença anulada – É dever do órgão jurisdicional buscar a verdade material para compor a lide, principalmente quando ela envolve direitos indisponíveis, como na investigação de paternidade, não se justificando, pois, o julgamento de improcedência do pedido só com base em provas testemunhais que demonstram a fragilidade da versão apresentada pela mãe do menor, porque não é no interesse dela que a ação foi ajuizada. Sendo incontroversa a ocorrência de relação sexual, por mais que seja única, e não tendo sido excluída a paternidade através do mero exame de sangue, existem elementos autorizadores da realização do DNA, a ser custeado pelo Estado, que é obrigado, segundo a Carta Magna, a prestar assistência jurídica, gratuita e integral, aos necessitados. (TJMS – AC – Classe B – XV – N. 46.993-6 – Ivinhema – 2ª T.C – Rel. Des. Rêmolo Letteriello – J. 04.11.1997)¹¹⁶

Medida Cautelar – Ação de Investigação de Paternidade – ordem de juiz para que o Estado custeie honorários do perito – exame *finger print* – DNA – beneficiária de justiça garantia – 1. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, havendo razoável fundamentação do recurso especial ao qual se pretende conferir efeito suspensivo, deve a liminar ser concedida. 2. Liminar referenciada. (STJ – MC 1.057 – MS – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 09.12.1997)¹¹⁷

A identidade genética é direito de personalidade, ou ainda mais, é direito humano.

A dignidade do homem deve ser vista sempre como um fim a ser preservado e alcançado, sendo fator imprescindível na qualidade de vida. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu pela cassação de uma sentença, pela inexistência da realização do exame em DNA, considerado seguro e confiável. Informou, no acórdão, sobre o convênio do Tribunal de Justiça com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que permite a

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ www.stj.gov.br

realização gratuita do exame, para os que comprovarem insuficiência de recursos financeiros.

A dificuldade está, de qualquer forma, no prazo para a efetividade dessa perícia genética.

Investigação de Paternidade. Prova insuficiente. Sentença cassada, falta de comprovação de herança genética. Assistência judiciária. Processo anulado. A prova do fato social, não dispensa a comprovação do vínculo biológico, ainda mais que perícia feita através do GSE-grupos sanguíneos eritrocitários, não oferece segurança, por se tratar de um exame não confiável. Convém a anulação do processo, com a cassação da sentença, uma vez que ao réu foi deferido o benefício da justiça gratuita, e o convênio firmado pelo Tribunal de Justiça com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, permite, hoje, a realização de exame de DNA, sem custos para os carentes de recursos. A parte autora, por sua vez, também goza do benefício da justiça gratuita. (Ap. C. n.º 598231512, Oitava Câmara Cível, TJRS, relator: des. Antônio Carlos Stangler Pereira, julgado em 24/08/2000)¹¹⁸

Na Comarca de Montes Claros, no estado de Minas Gerais, percebe-se a dificuldade de se obter a contento uma decisão judicial, quando a prova pericial por exame em DNA é deferida, nos moldes gratuitos, exclusivamente com recursos estaduais, até então vigentes. O tempo a ser percorrido até que se efetive o exame está para mais de três lustros. Isso é, no mínimo, decepcionante. A Justiça demora, portanto, a justiça não se realiza. Citam-se alguns processos dessa Comarca, para que se ilustre o que foi dito com relação à morosidade processual.

Foram selecionados 05 (cinco) processos, dentre dezenas dos que estão somente sob a responsabilidade da autora deste estudo. Todos tratam de ação de investigação de paternidade, envolvendo pessoas carentes de ambos os lados, quais sejam, demandante(s) e demandado(s). Em relação a todos os processos chegou-se à conclusão de que a prova pericial, através do exame em DNA, mostra-se necessária pelo grau de incerteza do suposto pai e das provas levadas aos autos. Portanto, o magistrado deferiu (e em alguns casos ordenou) a realização da perícia sob a forma acima citada. Entretanto, incapacitadas as partes

¹¹⁸ www.tj.rs.gov.br

interessadas em arcar com o pagamento do mencionado exame, mesmo que de forma parcelada, como existe em alguns laboratórios¹¹⁹, o trio envolvido no teste recorreu ao direito a eles atribuído pelo Estado, em nível constitucional, e, especificamente, no estado de Minas Gerais, fundamentaram na Lei n.º 12.460 de 1997 e no Decreto que a regulamentou de n.º 38.950 do mesmo ano. Conseguiram agendar a perícia de forma totalmente gratuita. Entretanto, para uma possível data tão longínqua, quanto a extensão do sentimento popular de que a Justiça é diferente para os desprovidos de recursos financeiros.

Dos processos de investigação de paternidade selecionados, para exemplificar, todos da Comarca de Montes Claros- Minas Gerais, dois são do ano de 1996, quais sejam: 1) o de n.º 433960007683, que tramita na 3ª Vara Cível, cujas partes são L.V.A.P. x J.S.M., o exame foi marcado para o ano de 2004 (dois mil e quatro); 2) o de n.º 433960010141, que tramita na 4ª Vara Cível, tendo como partes A.C.M. x I.S.S., o exame foi marcado para o ano de 2011 (dois mil e onze). Um processo iniciado no ano de 1997, cujo n.º é 433970084722, que tramita na 5ª Vara Cível, cujas partes são P.V.S. x J.D.S.R., está com o exame marcado para o ano de 2009 (dois mil e nove). Um outro processo que serve de exemplo, datado de 1998, é o de n.º 433980005576, que tramita na 5ª Vara Cível, tendo como partes C.A.J. x J.J.M., o exame em DNA está previsto para o ano de 2014 (dois mil e quatorze). Finalmente, como quinto processo exemplificador, conforme proposto anteriormente, tem-se o de n.º 433980084746, que tramita na 5ª Vara Cível, cujas partes são E.T.V. x B.T.V., o exame está marcado para o ano de 2016 (dois mil e dezesseis)¹²⁰.

Não apenas os processos colhidos como exemplos, mas a maioria dos que se encontram no estágio de espera da perícia, estão, por conseguinte, suspensos nos termos do

¹¹⁹ Existem laboratórios especializados, no Brasil, que realizam o exame em DNA, através de convênios ou particulares, de forma parcelada e com valores mais acessíveis.

¹²⁰ Conforme ofícios enviados pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais ao juiz da causa *sub judice* e anexo ao final deste trabalho.

artigo 265, inciso IV, b do Código de Processo Civil Brasileiro, até a produção da prova requerida.

Dos processos citados acima, existem aqueles em que a parte interessada pela autora deste trabalho é o demandante, como também noutros processos é o demandado. É nítida a injustiça com ambas as partes. Mas, nada há que se comparar com a angústia do filho, quando já em idade em que possa entender o que ocorre, e a expectativa sofrida pela mãe do demandante.

Caso não haja mudança na situação econômica das partes envolvidas, no sentido de se poder arcar com os custos do exame; se não houver novidade fática e processual para que o julgador da causa se sinta seguro na emissão de uma sentença, ficar-se-á a injusta espera para a realização do exame como se justa fosse, em face do receio de se incorrer em erro. Se o estado da federação, como o caso de Minas Gerais, não está suportando a grande demanda, é o caso do magistrado incluir na fundamentação de sua decisão a auto-aplicabilidade do inciso LXXIV, artigo 5º, da Constituição Federal, como ocorre especialmente no Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, ordenando ao Estado a suportar com os custos da perícia genética, mesmo que tal expediente e despesa se incluam no orçamento anual seguinte. O prejuízo é menor para as partes, do que a longa espera de uma decisão desconhecida.

4.4- Propostas

Algumas propostas podem ser sugeridas, não representando, necessariamente, uma novidade ou algo não dito. Mas com uma forma diversa de encarar um problema, já que a visão é única do ângulo e dos valores de quem analisa. Podem, portanto, serem assim discriminadas, buscando aproveitar o que foi exposto no decorrer deste trabalho:

1) implantação de programas educacionais e de informação de direitos à população, incluídos nos currículos escolares, desde as primeiras séries primárias, com orientação sobre o uso da lei, de seus mecanismos e seus operadores. Tudo isso com vistas a desenvolver na criança uma consciência cidadã. Caberá tal atitude à iniciativa governamental, bem como aos setores públicos ou privados da sociedade;

2) oferecimento à população de condições materiais e de órgãos de serviço, no sentido de exigir os direitos expressos nos textos legais, especialmente os advindos da Constituição Federal e com características de direitos fundamentais. É o investimento do governo em políticas públicas, visando diminuir as desigualdades sociais com soluções concretas;

3) criação, em todos os estados brasileiros, de Varas Especializadas em Assistência Jurídica Gratuita, valorizando as atitudes e atuações consensuais e extrajudiciais, além de se fazer melhor uso das liminares, cautelares e medidas antecipatórias de tutela. O devido aparelhamento e recursos materiais e humanos devem, contudo, estar em conformidade com as necessidades essenciais de trabalho e de realização do direito;

4) implantação de laboratórios forenses, bem equipados, em cada estado da federação, com qualificação profissional, investimentos e equipamentos exemplares, cujo grupo de pesquisadores tenha características éticas e sociais bem delineadas, para os fins de análises genéticas às pessoas carentes.

- 5) criação de um maior número de Defensorias Públicas, com pessoal capacitado e suficiente, técnica e materialmente. Um reaparelhamento total, desde o espaço físico adequado, inclusive com Defensorias Públicas Comunitárias, localizadas em pontos estratégicos, especialmente em bairros populosos e populares de cada comarca, até a quantidade de computadores condizentes com o trabalho e seus operadores, acesso à Internet e biblioteca atualizada;
- 6) ações com custos menores, havendo igualdade técnica. A dispensa provisória das custas também pode ser uma solução. Que a burocracia dê lugar à justiça, para que não haja uma ausência de exercício de direito, que priva o cidadão de direitos básicos e fundamentais;
- 7) agilidade nos processos, como manifestação de preocupação e interesse dos operadores da Justiça, pela justiça, deixando um pouco a *segurança jurídica*, anteriormente super valorizada, buscando o que se mostra como justiça, naquele momento, mesmo que haja uma margem de risco. A morosidade do processo pode ser evitada com formas alternativas menos tediosas e injustas que a espera infundável de solução de um litígio. Os métodos de conciliação extrajudiciais e alternativos de solução de conflitos, através de conversa informal e do convencimento das partes, poderão propiciar a eficácia de um direito;
- 8) participação da União, do estado-membro e do município, com o oferecimento de serviços gratuitos de realização de exames em DNA, quando se fizerem necessários e imprescindíveis num cumprimento de direito fundamental. Tudo isso com uma boa qualidade técnica e num tempo razoável e proporcional ao direito requerido; além de convênios com laboratórios credenciados, autorizados e aprovados por regras técnicas máximas de qualidade. Evitar-se-ão, dessa forma, as sobrecargas dos tribunais, com processos intermináveis, além de menor incorrência de erros nas decisões. A celeridade começará a modificar o preconceito de que “a justiça é lenta” ou que “a justiça é para os ricos”;
- 9) destinação de porcentagens do que se paga como custas processuais em todos os processos particulares, para uma conta específica, que ficaria à disposição e administração do Poder

Judiciário (podendo cada Comarca ter a sua), para uma aplicação em perícias e outros direitos que se comprovarem fundamentais, em prol da população carente;

10) mudança de diretrizes nos Cursos de Direito, com tendência a formar um profissional voltado para as questões sociais, envoltas na ética como ciência, o que resultará numa mudança de mentalidade e numa prática efetiva de acessibilidade à Justiça, com juristas críticos, em busca de soluções imediatas de problemas concretos, não importando a carreira que seguirá: Advocacia, Magistratura, Defensoria Pública, Promotoria de Justiça ou qualquer outro exercício profissional;

A justiça social é o alvo perseguido para a efetividade de proteção dos direitos dos cidadãos mais frágeis social e economicamente. As propostas e as constatações supra citadas não são, com certeza, a solução para se superar todos os obstáculos que impedem o exercício e a efetividade do acesso à Justiça. Entretanto, servem, quem sabe, de provocação e melhor direcionamento de condutas e procedimentos, na busca da justiça.

CONCLUSÃO

A valorização do direito à vida digna preserva o homem enquanto indivíduo e enquanto ser político, concretizando ou levando a concretizar uma maior justiça social. Os operadores da Justiça devem ter um conhecimento multidisciplinar, aliado a pesquisas e atualizações constantes.

A idéia central deste estudo esteve em torno da proclamação de um determinado direito e da efetividade do acesso a esse direito e conseqüentemente à Justiça, considerada em suas duas vertentes. A angústia advinda com a inoperância do Poder Judiciário e a morosidade de seus trâmites chegam às raias da indignação absoluta. Ao se aglutinar dois temas, quais sejam, uma possível *certeza* de se saber a paternidade, através do método científico mais avançado, atualmente, e a satisfação legítima e eficaz desse direito constitucional, desejava-se levantar uma discussão sobre o silêncio *gritante* da não-realização do que se proclama legalmente.

A evolução histórica dos direitos fundamentais salienta etapas e os divide em gerações diversas, de acordo com o entendimento doutrinário e valorativo de cada estudioso do Direito. A justiça, em sentido axiológico, se traduz pela complexidade de definição e demonstração do que realmente se deseja, se se limitar, por exemplo, ao entendimento do *justo meio*. Leis não existem, mas não está na quantidade daquelas a solução dos problemas, senão na sua eficácia.

Conforme fora mostrado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consagra princípios constitucionais de direito fundamental que permeiam a vida do cidadão da mais lúdima justiça. A auto-aplicabilidade e a efetividade desses princípios são partes naturais de sua declaração de direitos, nas quais o acesso à Justiça é visto como a possibilidade de início do exercício de todo e qualquer desejo de satisfação pessoal ou coletiva, advinda de quem não possui recursos financeiros (e até intelectuais ou de informação jurídica) de levar adiante um direito pretendido.

No inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, verbera-se a gratuidade jurídica integral às pessoas carentes, o que confirma os princípios contidos na Lei n.º 1.060 de 1950. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069 de 1990) é outro aliado dos direitos fundamentais, sendo instrumento eficaz e prioritário.

Não basta o acesso aos Tribunais. Os mesmos instrumentos e meios de prova adquiridos pelos abastados financeiramente haveriam de ser disponíveis para os *hipossuficientes*, para que o princípio da igualdade pudesse se equivaler em alguns setores materiais, resultando em decisões mais seguras e justas, em conformidade ao que a Justiça apregoa. É certo ser utópica a igualdade integral entre partes advindas de mundos sócio-econômicos diversos. Entretanto, os obstáculos que dificultam a efetividade do acesso à Justiça devem ser estudados e combatidos, dentro do máximo possível de programas, atividades e serviços que representem a realização do exercício da cidadania, numa igualdade de oportunidades. Quanto maior o empenho, especialmente técnico especializado, na busca de provas, mais chances de êxito, para que parte for, no desfecho de uma causa.

Num Estado social, os atos em prol do cidadão e da sociedade como um todo são qualificadores do melhor resultado à dignidade do homem. Entretanto, o acesso à Justiça é precário e desvirtuado do que diz a legislação ordinária e constitucional. Infere-se inclusive sobre o exercício da cidadania, obstruído pelo próprio Estado Democrático de Direito.

A desinformação de grande parte da população, no âmbito dos direitos gerais, é fator decisivo para justificar a caracterização da Justiça como elitista. Alia-se a isso a morosidade processual e procedimental, sobrecarregada de atos burocráticos, da permissividade da lei para expedientes e recursos protelatórios, além da insensibilidade de certos julgadores. A justiça social é o fim dos idealizadores do bem-servir de uma *ordem jurídica justa*.

A ciência investe no Projeto Genoma Humano, que já demonstrou seus avanços, mas tendo, ainda, muito a decifrar. O exame em DNA, para determinação da paternidade, pode ser considerado uma das composições desse grandioso Projeto, já tendo sido devidamente testado e universalmente aceito. Por óbvio, que dentro dos padrões de qualidade e segurança estabelecidos.

Para o presente trabalho, limitou-se a tratar da busca da comprovação da paternidade através da perícia genética em DNA. Não é a busca desregrada para se chegar à paternidade, mas esta envolvida num contexto fático-histórico e em demais possíveis provas. A elevada porcentagem e a característica de *certeza* do mencionado exame são capazes de justificar a extrema aceitabilidade e até exigência dos Tribunais à submissão de tal perícia genética.

Antes do advento do exame em DNA, para averiguação de uma paternidade genética, o juiz se convencia basicamente com o discurso da fala testemunhal, no campo da moral ou do “bom comportamento” da mãe do investigante, aliado a uma outra informação de coincidência do período da concepção com a possível prova de relacionamento sexual. Tudo isso, sem dados técnicos e analisáveis materialmente. Com o DNA, reforça-se sobremaneira a análise supra citada, advindo a *certeza* acima de 99% de que uma determinada pessoa é o pai. Se essa é a melhor prova para quem detém recursos financeiros, no caso em questão, por que não será quando estão em discussão direitos dos *hipossuficientes*?

A solidariedade científica, associada à moral da humanidade, serão marcos éticos de respeito à diversidade de cada indivíduo, sem discriminação, inclusive de características genéticas, na busca da proteção direta da pessoa humana.

A concepção de família e união familiar vêm modificando com o tempo e com as características evolutivas de uma época, como natural de acontecer. O *fruto* de um relacionamento amoroso ou tão-somente sexual entre um homem e uma mulher é denominado *filho*, sem qualquer adjetivação antigamente atribuída. É constrangedor, na maioria da vezes, não ter pai declarado.

A paternidade sócio-afetiva, almejada por quem atribui à relação familiar uma responsabilidade além dos laços sanguíneos, é a verdadeira realização do amor. Mas, a afeição pode ser provocada ou despertada. A investigação de paternidade, de quem “ouve” do suposto pai a sua dúvida ou negatória quanto à filiação, é o caminho para a solução de uma angústia, seja ela emocional, jurídica ou econômica; visando à honra, à identidade ou à subsistência.

Não basta o oferecimento, pelo Estado, de acesso à Justiça, há que arcar com os custos da instrução, para se chegar a provas eficazes. A luta dos filhos e das mães para verem o reconhecimento de uma paternidade, deve ser acompanhada atentamente por todos os operadores do Direito, especialmente os magistrados. Dados científicos convincentes, aliados a todos os outros meios de prova, levam a uma decisão mais segura, que se eleva à tranquilidade. A primazia é o interesse da criança.

O processo judicial se apresenta como o meio para efetivar um direito. Entretanto, a demora de sua instrumentalidade descaracteriza as funções social, política e jurídica, que lhes são atribuídas, que visam, ainda, ao aperfeiçoamento da legislação processual. É ato denegatório de justiça a longa espera por uma decisão, seja ela no âmbito judicial, extrajudicial ou administrativo. A rapidez, aliada à eficácia, é que dará por concreta a

realização de qualquer dos sentidos que se atribua à justiça, seja como Poder Judiciário ou como valor. O Estado não assumiu, ainda, de forma satisfatória, a auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional, que declara a gratuidade jurídica integral, omitindo em seu mister político-social. O estado de Minas Gerais, citado como exemplo, tenta suprir uma obrigação, que é de todos os governos, quando da promulgação da Lei Estadual n.º 12.460 de 15 de janeiro de 1997, regulamentada pelo Decreto n.º 38.950 de 25 de julho de 1997, que trata do exame pericial gratuito em DNA para as pessoas carentes. Mas, como foi visto, o número de exames mensais disponíveis é reduzido, frente aos que adquirem o direito. Daí não se conceber uma espera superior a uma década ou até mais que uma década e meia, para a realização de uma perícia que envolve direitos fundamentais, muito especialmente de crianças e adolescentes. Os processos apresentados anteriormente (Quarto Capítulo) demonstram o descompromisso do Estado e dos demais governos e setores públicos com a ordem constitucional e a função social do Poder Judiciário, nos quais um mandado de suspensão de processo até o ano de 2016 (atualmente), não provoca nenhuma reação eficaz, razoável, criativa ou produtiva em quem detém o poder, inclusive na maioria dos magistrados.

Partindo do ponto de vista regional e da experiência vivida no Serviço de Assistência Jurídica (S.A.J.), do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), verifica-se que a demanda quanto à paternidade cresce a cada dia, demonstrando a intensa problemática e a carência da população. As pessoas possuidoras de recursos financeiros continuarão a usar de todos e dos melhores meios de prova, a tempo e hora. Correto. Injusto, portanto, que para os pobres a prova seja desqualificada ou atrasada.

A Defensoria Pública é o órgão primário de efetividade do acesso à Justiça. A gratuidade integral de todas as etapas de uma solução de conflitos, judiciais ou não, não comporta exceções, conforme suportes constitucionais constantes nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal, de 1988. A estrutura adequada das Defensorias

Públicas, proporcionando uma assistência jurídica eficaz é obrigação do Estado, com informação para a população carente em linguagem acessível. Essa orientação acontece antes dos procedimentos processuais, com orientação jurídica, administrativa ou tão-somente cidadã. As pessoas pobres não de ter consciência de seus direitos. A atuação do representante do Ministério Público, a função dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099 de 1995), a reivindicação séria e comprometida da população para que os seus governantes de fato a representem em suas aspirações, são meios para se chegar a uma satisfação momentânea de direitos.

O ensino fundamental de noções de direitos, deveres e cidadania, desde os primeiros anos escolares, já provocará uma mudança de mentalidade das autoridades públicas e dirigentes de estabelecimentos particulares em sua visão de mundo. Isso refletir-se-á noutros setores, como no direcionamento de maior verba para a educação e a saúde. A população que estará no poder futuramente chegará com novas perspectivas e metas de comando. A efetividade de uma *melhor* justiça será reflexo de uma consciência cidadã.

Por fim, após serem expostos alguns problemas e reflexões quanto ao acesso à Justiça, cumpre ressaltar que, o custo dos litígios, os níveis social, educacional e econômico, fortalecidos pela timidez de grande parte das pessoas carentes, não de ser repensados pelos detentores do poder. O acesso à Justiça disponível ao exercício do direito de reivindicar e de provar uma paternidade, por parte das pessoas carentes, está aquém de qualquer expectativa de justiça, por mais modesta que seja. A busca de soluções para a efetividade cada vez maior dos direitos advindos com a evolução humana, cultural e científica deve continuar. A Justiça está para a sociedade assim como o seu acesso está para a justiça.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma teológica*. (Questões 57 a 60). Por Emilio G. Estébanez (mimeo).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultura, 1987. (Os Pensadores).

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1998.

BARBOSA, Bia. Quem é o Pai? In: *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, 2000. ano 33, n.º 29, de 19/07/2000, edição 1658, p.108-109.

BARROS, Marilena Fleury de. Assistência judiciária, à luz da nova constituição federal (jan/97). In: "*Juris Síntese*" - *Legislação e Jurisprudência* - CD n.º 15 -Porto Alegre, jan-fev/99.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 85. ed. São Paulo: Ave Maria, 1992. (Salmo 7)

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1972.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 223-232.

BRAGA, Renata. *Dna: análise biojurídica da identidade humana*. (Trabalho monográfico, não publicado). Florianópolis: UFSC. [1999?]

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente* – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. *Estatuto da ordem dos advogados do Brasil*. Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994.

_____. Minas Gerais. Lei n.º 12.460, de 15 de janeiro de 1997.

_____. Minas Gerais. Decreto-lei n.º 38.950 de 25 de julho de 1997.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALERA, Nicolás M. López. “Derecho y teoría del Derecho en el contexto de la sociedad contemporánea”. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. [19..], p.39-48.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica. Ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica: 1997. p.73-4, 89-96.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Reginaldo de. Mobilização pela ética. In: *Jornal OAB- Nacional* - ano X –n.º 69 - Brasília, fev./1999- p.10.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e o acesso à justiça*. São Paulo: IDESP, 1999.

CÉSAR, Luis Alexandre. *O movimento de acesso à justiça no Brasil como instrumento de efetivação da cidadania: avanços e limitações*. (Dissertação: Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1998.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

COSTA, Paulo Roberto Munhoz. Ética e dignidade. In: *Revista Brasil Rotário*, Rio de Janeiro ano 74, n.º 923, maio/1999, p.21.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Acesso à Justiça. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n.º 124, out./dez.-1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DITTRICH, Karin Regina. *A questão dos limites dos direitos fundamentais no âmbito do Direito constitucional de conflitos*. (Dissertação: Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1998.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

Ementário de jurisprudência. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano II, v. 2, n.5, abr./jun., 2000. p.132-3

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de principios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Para una teoría general del garantismo*. Madrid: Trotta, 1995. Cap. 13 e 14, p.851-955.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 1998.

HABERMAS, Jürgen. "Factilidade y validez". Tradução de Miguel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p.263-309.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961. Cap. V a IX, p.89-228.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HESSEN, Johanes. *Filosofia dos valores*. Tradução e Prefácio de L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luiz Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.1-135.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Antônia Denise. *Os direitos sociais e o Direito constitucional brasileiro*. (Dissertação: Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dna como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O exame de dna: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.188-221.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía inminente en la Constitución Argentina*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p.107-176

LIPPMANN, Ernesto. Assistência judiciária: obrigação do Estado na sua prestação- o acesso dos carentes à justiça visto pelos tribunais. (Out/96). In: "*Juris Síntese*"- *Legislação e Jurisprudência* – CD n.º 15 - Porto Alegre, janeiro-fevereiro/1999.

MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. In: *Doutrinas e Comentários*. Porto Alegre: Síntese, junho/1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania e classe social*. Walter Costa Porto (Coord.). Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ-UNIVALI., 1998.p.46-64.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 4 v. v. IV. Coimbra: Coimbra. 1988.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. (Textos selecionados). Tradução: Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais*. (Tese: Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1995.

NALINI, José Renato. *Ética e justiça*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p.161-178.

_____. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *O acesso à justiça e alguns novos instrumentos processuais*. In: *Série Cadernos do CEJ – Conselho da Justiça Federal*. Ciclo de Conferências para Juizes Federais. Brasília: CJF, 1992. p.145-171.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PANDOLFI, Dulce Chaves *et al* (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1999.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Para uma interpretação conforme os direitos fundamentais*. (Dissertação: Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1998.

PASOLD, César Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. (Coleção Pós-Grado) 2. ed. Florianópolis: Estudantil. 1988.

PENA, Sérgio Danilo. *Destaques da imprensa. 18 anos de genética no Brasil (1982-2000)*. 7. ed. Belo Horizonte: GENE, 2000.

_____. *Determinação de paternidade pelo estudo direto do dna. Estado da arte no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direitos de família e do menor- tendências e inovações*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p.237-253.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito de Família. v. V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.65-88.

_____. Direito de família do século XXI. In: *Revista Literária de Direito*. n.35. São Paulo: Literária de Direito. Maio/junho de 2000. p.26-8.

_____. (Coord.). *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.391-401.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do dna*. Curitiba: Juruá, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Altamiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.1-208.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. *A justiça da infância e da juventude frente aos dilemas da cidadania: uma percepção sociológica a partir de algumas organizações da sociedade civil de Florianópolis*. (Dissertação: Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1997.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SERRANO, Jonathas. *Philosophia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Catholica, 1933.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Moacyr Motta; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEICH, Daniel Hessel. Genoma: o que ele tem a ver com a sua vida. In: *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, 2000. ano 33, n.º 27, de 05/07/2000, edição 1656, p.114-120.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988. p.11-35.

VELOSO, Zeno. Investigação de paternidade e sacralização do dna. In: *Revista Del Rey*, n.º 7, dezembro, 1999. p.26.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. O acesso à justiça como exercício da cidadania. In: *Revista Áter Ágora*. Florianópolis, UFSC, n.3, outubro-1995. p.20-4.

WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WELTER, Belmiro Pedro. Coisa julgada na investigação de paternidade. In: *Jornal Síntese* n.º19, maio/1998. p.10.

_____. Investigação de paternidade. Exame de dna. In: *Juris Síntese* nº 24 (cd-rom). Jul/ago, 2000.

_____. Obrigatoriedade do exame genético dna. In: *RJ* n.º 246, abril/1998. p.5.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

SITES:

www.almg.gov.br

www.ccj.ufsc.br/~nejusca/

www.gene.com.br

www.genetika.com.br

www.ibge.gov.br/

www.medicina.ufmg.br/faculdad.htm

www.saude.mg.gov.br

www.senado.gov.br/

www.sintese.com

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.veja.com.br

ANEXOS

NORMA: LEI 12.460 - 1997 DATA: 15/01/1997 ORIGEM: LEGISLATIVO

Ementa: Determina o pagamento, pelo estado, das despesas com o exame do ácido desoxirribonucléico - DNA -, para investigação de paternidade nos casos que especifica.

Fonte: Publicação - MINAS GERAIS DIÁRIO DO EXECUTIVO- 16/01/1997 -pág. 3- Col. 2

Vide: Decreto 38.950 - 1997

Minas Gerais Diário do Executivo - 26/07/1997 - pág. 3 - Col. 2

Regulamentação total

Indexação: Gratuidade, Exame, Investigação de Paternidade, População Carente.

Catálogo: Assistência Social.

Texto: Determina o pagamento, pelo Estado, das despesas com o exame do ácido desoxirribonucléico - DNA, para investigação de paternidade nos casos que especifica.

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 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

NORMA: DECRETO 38.950 - 1997 DATA: 25/07/1997 ORIGEM: EXECUTIVO

Ementa: Regulamenta a Lei 12.460, de 15 de janeiro de 1997, que determina ao Estado o pagamento do exame de DNA na Investigação de Paternidade.

Fonte: Publicação - MINAS GERAIS DIÁRIO DO EXECUTIVO- 26/07/1997 - pág. 3-Col. 2

Indexação: Gratuidade, Exame, Investigação de Paternidade, População Carente, Beneficiário, Justiça Gratuita.

Catálogo: Assistência Social.

Texto: Regulamenta a Lei de n. 12.460, de 15 de janeiro de 1997, que determina ao Estado o pagamento do exame de DNA na investigação de paternidade.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 90, VII, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1º - Ao beneficiário da justiça gratuita nos termos da Lei Federal n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, é concedida, além dos casos previstos no artigo 2º da citada lei, a gratuidade do exame do ácido desoxirribonucléico (DNA) para investigação de paternidade.

Art. 2º - O exame de que trata o artigo anterior compreende exclusivamente o realizado em sangue periférico retirado do investigante, de sua mãe e de seu suposto pai.

Art. 3º - Admitida pelo Juiz do pleito a oportunidade e necessidade da prova a que se refere o artigo anterior, expedirá ele alvará à Secretaria de Estado da Saúde determinando a realização do exame.

§ 1º - Recebida a solicitação, a Secretaria o encaminhará, observada a ordem cronológica do protocolo, ao Núcleo de Pesquisas em Apoio Diagnóstico da Faculdade de Medicina - NUPAD, da Universidade Federal de Minas Gerais, que comunicará à autoridade judicial, com antecedência de no mínimo trinta (30) dias, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para se submeterem ao exame.

§ 2º - O resultado do exame será encaminhado diretamente ao Juiz solicitante, sendo entregue à mãe e ao suposto pai, contra recibo, cópia integral dele.

Art. 4º - O Estado não arcará com despesa de locomoção ou estada das partes para realização do exame.

Art. 5º - A Secretaria de Estado da Saúde autorizará no máximo vinte e cinco (25) exames por mês, observada a disposição do artigo 2º da Lei n. 12.460, de 15 de janeiro de 1997.

Art. 6º - No caso de serem judicialmente revogados os benefícios da assistência judiciária gratuita, será o Estado ressarcido pelas partes das despesas com a realização do exame.

Art. 7º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 25 de julho de 1997.

Eduardo Azeredo - Governador do Estado

PROJETO DE LEI N.º 64, DE 1999

“O exame de DNA veio possibilitar com precisão incontestável a identidade do pai. Possível considerar sua recusa em fazê-lo como admissão tácita de paternidade, razão pela qual o Projeto estabelece a presunção dessa paternidade”

Estabelece admissão tácita de paternidade no caso que menciona.

(As Comissões de Seguridade Social e Família; e de Constituição e Justiça e de Redação - Art. 54 – Art. 24, II)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescente-se ao art. 27 de Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o seguinte parágrafo único:

“Art. 27. ...

Parágrafo único. A recusa do réu em ação de investigação de paternidade a submeter-se a exame de material genético – DNA, se pedido pelo autor, importa em admissão tácita de paternidade.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 327 DE 1999
(Do Senador Geraldo Cândido)

Dispõe sobre a gratuidade da realização de exames de Código Genético (DNA) para instruir processos de reconhecimento de paternidade.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Fica assegurada a realização gratuita de exames de Código Genético (DNA) às pessoas beneficiadas pelos preceitos estabelecidos na forma do parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

Art. 2º. Os exames de que trata esta lei serão realizados diretamente por unidade hospitalar pública ou mediante convênio com o SUS (Sistema Único de Saúde).

Parágrafo único. No caso da impossibilidade da realização do exame por parte da unidade hospitalar pública, esta providenciará junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) a realização deste exame em seus laboratórios credenciados.

Art. 3º. Os exames de Código Genético (DNA) serão solicitados pelo Ministério Público ou determinados, de ofício, pela autoridade judiciária, com a finalidade probante nos processos de investigação de paternidade, além daqueles circunscritos aos delitos que digam respeito à liberdade sexual.

Art. 4º. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, consignadas no orçamento da União.

Art. 5º. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta lei no prazo de 90 (noventa) dias após sua publicação.

Varas de Família em virtude “das partes não possuírem meios de suportar o ônus da perícia decorrente”.

A aprovação desta Lei irá atender uma demanda crescente de mulheres que buscam provar na Justiça a identidade de pais que se recusam a prover a manutenção de seus filhos.

Sala de Sessões,
Senador Geraldo Cândido (PT/RJ)



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte, 21 de junho de 1999.

OFÍCIO DNA Nº 010-317/99

Meritíssimo(a) Juiz(a),

Em atenção ao ofício s/nº de V.Exa., datado de 04/06/99, relativo ao Processo nº 433900007683, referente a L V A P e L V A P, no qual reitera a solicitação para a realização do exame de DNA, temos a esclarecer que, nos termos do que determina o Decreto nº 38.950/97, é de 30 (trinta) dias de antecedência o prazo para que a Secretaria comunique à Autoridade Judicial, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para se submeterem ao exame (§ 1º, do art. 3º). Determina-se ainda, a necessidade de se observar a ordem cronológica do protocolo das solicitações para a expedição do comunicado.

Aproveitamos a oportunidade para informar-lhe que há uma limitação legal quanto ao número de exames/mês a serem realizados (Art. 5º, mencionado Decreto), que, em razão disto, a data para a realização do aludido exame, determinado por V.Exa., encontra-se prevista para o ano 2004, ficando a realização do mesmo condicionado à liberação de recurso pelo Tesouro Estadual.

Caso não haja interesse na realização do exame na data prevista favor comunicar o mesmo a esta Secretaria para o seu devido cancelamento.

Colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

Hélio Salvador Arêas
Secretário Adjunto da
Secretaria de Estado da Saúde

Exmo.(a). Sr(a).
Dr(a). Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça
MM(a). Juiz(a) de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de
Montes Claros - MG



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

36
AUC

Belo Horizonte, 14 de Outubro de 1998.

OFÍCIO DNA Nº 004 – 142/98

Meritíssimo Juiz,

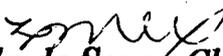
Em atenção a solicitação de V.Exa., datada de 30/09/98, referente ao processo nº 433.97.008.472-2, vimos informar que o solicitante P V d S foi cadastrado nesta Secretaria de Estado da Saúde com previsão de atendimento para o ano 2009, ficando a realização do exame condicionado à liberação de recurso pelo Tesouro Estadual.

Acrescenta-se que é de 30 (trinta) dias de antecedência o prazo para que esta Secretaria comunique à Autoridade Judicial, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para submeterem ao exame. Determina-se ainda que é necessário observar a ordem cronológica do protocolo das solicitações para a expedição do comunicado (§ 1º, do art. 3º, do Decreto nº 38.950/97).

Caso não haja interesse na realização do exame na data prevista favor comunicar o mesmo a esta Secretaria para o seu devido cancelamento.

Colocamo-nos à disposição para quaisquer outros esclarecimentos que julgar necessários.

Atenciosamente,


Luciana Miranda de Souza Clímaco
Diretora do Centro de Orientação Normativa do SUS
Secretaria de Estado da Saúde

Exmo. Sr.

Dr. Danilo Campos

MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros – MG

Avsa.

5721/98

07.10.98



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte, 29 de Janeiro de 1999.

OFÍCIO DNA N° 004 – 069/99

*Jose Luis
Ua, 042*

Meritíssimo(a) Juiz(a),

Luiz L. L. L.
JUIZA DE DIREITO

Em atenção ao Ofício s/n° de V.Exa. datado de 18/12/98, referente ao processo n° 43390010141, vimos informar que o(a) solicitante **A C M** foi cadastrado(a) nesta Secretaria de Estado da Saúde com previsão de atendimento para o ano 2011, ficando a realização do exame condicionado à liberação de recurso pelo Tesouro Estadual.

Acrescenta-se que é de 30 (trinta) dias de antecedência o prazo para que esta Secretaria comunique à Autoridade Judicial, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para submeterem ao exame. Determina-se ainda que é necessário observar a ordem cronológica do protocolo das solicitações para a expedição do comunicado (§ 1º, do art. 3º, do Decreto n° 38.950/97).

Caso não haja interesse na realização do exame na data prevista, favor comunicar o mesmo a esta Secretaria para o seu cancelamento.

Colocamo-nos à disposição para quaisquer outros esclarecimentos que julgar necessários.

Atenciosamente,

Cícero Plínio Bittencourt
Superintendente de Planejamento e Coordenação e
Superintendente Operacional de Saúde

Exmo(a). Sr(a).

Dr(a). Laislon Braga Baeta Neves

MM(a). Juiz(a) de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de
Montes Claros - MG



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte, 08 de novembro de 1999.

OFÍCIO DNA Nº 004 – 934/99

Meritíssimo(a) Juiz(a),

Em atenção ao alvará datado de 28/10/99 de V. Exa. referente ao processo nº 433.98.000.557-6, vimos informar que o(a) solicitante C A d J foi cadastrado(a) nesta Secretaria de Estado da Saúde com previsão de atendimento para o ano 2014, ficando a realização do exame condicionado à liberação de recurso pelo Tesouro Estadual.

Acrescenta-se que é de 30 (trinta) dias de antecedência o prazo para que esta Secretaria comunique à Autoridade Judicial, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para submeterem ao exame. Determina-se ainda que é necessário observar a ordem cronológica do protocolo das solicitações para a expedição do comunicado (§ 1º do art. 3º, do Decreto nº 38.950/97)

Caso não haja interesse na realização do exame na data prevista, favor comunicar o mesmo a esta Secretaria para o seu cancelamento.

Colocamo-nos à disposição para quaisquer outros esclarecimentos que julgar necessários.

Atenciosamente,

Hélio Salvador Arêas
Secretário Adjunto de Estado da Saúde

Exmo(a) Sr(a).
Dr(a). Danilo Campos
MM(a). Juiz(a) de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de
Montes Claros – MG

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte, 28 de setembro de 2000.

OFÍCIO DNA Nº 004-471/2000

Meritíssimo Juiz,

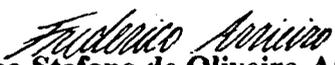
Em atenção ao alvará datado de 14/09/2000, referente ao Processo nº 433.98.008.474-6 vimos informar que a solicitante **E T V** foi cadastrada nesta Secretaria com previsão de atendimento para o **2016**, ficando a realização deste condicionada à liberação de recurso pelo Tesouro Estadual.

Acrescenta-se que é de 30 (trinta) dias de antecedência o prazo para que esta Secretaria comunique à Autoridade Judicial, a hora, dia e local em que as partes devem estar presentes para submeterem ao exame. Determina-se ainda que é necessário observar a ordem cronológica do protocolo das solicitações para a expedição do comunicado (Decreto nº 38.950/97 § 1º do art. 3º).

Caso não haja interesse na realização do exame na data e local previsto solicitamos a fineza de nos comunicar para efetuarmos o seu cancelamento.

Colocamo-nos à sua disposição para quaisquer outros esclarecimentos que julgar necessários.

Atenciosamente,


Frederico Stefano de Oliveira Arrieiro
Superintendente de Desenvolvimento Organizacional

Exmo Sr.

Dr. Danilo Campos

MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de

Montes Claros - MG

Acbo