

A RECUSA NA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA COMO FATOR DE PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

José Sergio Loiacono Filho¹
Neuza Maria Ferraz de Mello Gonçalves²

RESUMO: A ação de investigação de paternidade é uma das medidas judiciais mais relevantes colocadas à disposição da sociedade, não só pelo aspecto jurídico que a envolve, mas, principalmente, pelas questões emocionais, sociais, éticas e econômicas que abrange este tema. O objetivo principal deste estudo foi documentar e informar sobre os direitos e a valoração do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade. Justifica-se a relevância desta documentação, especialmente no que se refere aos efeitos jurídicos do reconhecimento desta técnica de perquirição biológica, nos casos em que há recusa do investigado em fornecer material genético. A metodologia utilizada refere-se aos acervos da biblioteca do Centro Universitário Campos de Andrade - UNIANDRADE, Universidade Federal do Paraná-UFPR e Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR. A revisão bibliográfica também compreende os referendados em artigos científicos, tópicos sobre o tema em acervos bibliográficos com Scielo Brasil, Datasus, Periódicos Capes e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Como resultados de entendimentos, o tema merece reflexão já que, a atual legislação, conta com dispositivos que atingem princípios outrora tidos como inquestionáveis no pensamento jurídico. Isto é, de alguém produzir prova contra si mesmo, do direito à intimidade e do direito à inviolabilidade do próprio corpo, são os princípios geralmente invocados pela parte que deseja se esquivar da submissão aos exames médicos-periciais em geral, e especificamente ao exame de DNA. Conclui-se, segundo a edição da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, o interesse da parte em omitir prova que seria necessária e suficiente para estabelecer a verdade biológica é subjugado pelo interesse da sociedade em documentar esta informação.

ABSTRACT: The main purpose of this essay is to analyse some principles that had, in the past, as unquestionable but, nowadays, have their application put in doubt as absolut true. This principles are, basically, the intimacy right, the prerogative do not prove against yourself and the inviolable right to body protection by a fir legal system. These main ideas are usually used to avoid special exams like a DNA test that can prove the fatherhood. Since the edition of Súmula

1José Sergio Loiacono Filho: Advogado, ex-aluno do Curso de Direito do Centro Universitário Campos de Andrade.

2Neuza Maria Ferraz de Mello Gonçalves. Prof.^a de Bioética e TCC, dos Cursos de Graduação do Centro Universitário Campos de Andrade. Dr.^a em Ciências pela Universidade Federal do Paraná. PhD em Agressões ao Organismo. Kobe-University-Japan.

301 do Superior Tribunal de Justiça, the interest on hide proves that would be enough to establish the biological truth is submitted to society's interest on reveal this information. A paternity action is one of the most significant legal measures available to the company , not only the legal aspect surrounding it , but mainly the emotional , social, ethical and economic issues covering this issues . The aim of this study was to document and report on the rights and the valuation of the DNA test in paternity actions. Justified the relevance of this issue, especially with regard to the legal effects of the recognition of this technique of biological perquisition , where there is refusal of the investigation to provide genetic material. The methodology refers to library collections of the University Center Andrade Fields - Uniandrade , Federal University of Parana -UFPR and Pontifical Catholic University of Paraná- PUCPR . This literature review also includes referenced in scientific papers , threads on the topic in library collections with Scielo Brazil , Datasus , Capes and Brazilian Digital Library of Theses and Dissertations. As a result of understanding, the topic merits consideration as the current legislation has provisions that affect principles once considered to be unquestionable in legal thought. That is, someone produce evidence against himself, the right to privacy and the right to inviolability of the body, are the principles generally invoked by the party who wishes to avoid the submission to the medical-forensic examinations in general and specifically to take DNA. It follows, according to the edition of Precedent 301 of the Superior Court of Justice, the interest on the part of omitting evidence that would be necessary and sufficient to establish the biological truth is overwhelmed by the interest of society to document this information.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação de Paternidade. Recusa no Exame de DNA. Presunção de Paternidade.

KEY WORDS: Fatherhood investigation. Refuse in DNA test. Presumed Fatherhood.

1. INTRODUÇÃO

Há inúmeras controvérsias em torno do tema, principalmente pela questão em determinar involuntariamente a filiação de alguém que, hodiernamente, nasceu pelo método natural, o que se verifica pela estatística, publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, aonde 31,1% das crianças nascidas na década de 90, foram registradas apenas com o nome da mãe¹. No entanto, esta percentagem, provem na maioria dos casos das camadas sociais com menor valor econômico, além de que o verdadeiro interesse não está, muitas vezes na

busca do reconhecimento da filiação e sim, na condenação do investigado ao pagamento dos alimentos.

É importante esclarecer de que o presente estudo não possui a pretensão de ser tomado como fonte exaustiva sobre o tema, mas objetiva despertar a atenção à importância da ação investigatória de paternidade no cenário nacional, bem como suscitar reflexão e debates sobre a edição da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça que prevê que *“A recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA, em ação investigatória, induz presunção juris tantum de paternidade.*

2. HISTÓRICO

Com a grande evolução das ciências moleculares e da biotecnologia nas últimas décadas, tornou-se possível a utilização destas técnicas aplicadas a diagnósticos em diversas áreas de interesse clínico, em especial a área de infectologia, medicina forense, oncologia, genética e diversas outras áreas correlacionadas

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues¹, a ciência biogenética e suas mutações tiveram seus primeiros estudos há alguns anos, aonde houve um segmento científico datado de meados do ano 1865, com as leis da herança desenvolvidas pelo austríaco Johann Gregor Mendel, que era conhecido como o pai da genética.

Os estudos genéticos atingiram um grande avanço na década de 40 com a demonstração de que o ácido desoxirribonucléico- DNA é material genético e nesta época James Watson e Francis Crick, demonstraram que o código genético está arquivado na molécula de DNA.¹

Relembrando de que o Projeto Genoma Humano, teve o seu início em 1990, cujo objetivo foi identificar aproximadamente cem mil genes. O Brasil, não participou desse projeto, mas posteriormente foi um dos pioneiros na

descodificação de genes em patógenos específicos, como informa Duda Teixeira³. Após dez anos de projeto genoma na Europa, o Brasil iniciou estudos em algumas capitais Brasileira, estendendo-se as pesquisas com Animais Antárticos na Estação Brasileira Comandante Ferraz, no Continente Antártico.

3. DO DIREITO DE FILIAÇÃO

3.1 Conceito de Filiação.

O termo filiação deriva do latim “*filiatio*”, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando o estado de filho, no entanto a filiação, nem sempre decorre da consangüinidade, ou seja, de laços consangüíneos entre pai e filho. Além a filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção, hoje há a inseminação artificial homóloga, onde o marido pode depositar seus espermatozóides em um banco de sêmen e, após meses ou anos e até mesmo após a sua morte, a esposa ou viúva deste, poderá submeter-se à inseminação artificial e poderá dar à luz a um bebê. A inseminação artificial heteróloga, quando esta é realizada em mulher casada ou convivente, desta feita com espermatozóides de terceiros e, ainda, a fertilização “*in vitro*” ou de proveta, em que o óvulo da mãe é extraído do ovário, fecundado em tudo de ensaio com esperma de seu pai e, após algum tempo, inserido novamente no útero da mãe.

No direito romano, os filhos eram classificados em legítimos, quando os pais eram casados entre si; e ilegítimos, quando oriundos de relações extraconjugais. Ainda subdividindo-se este último em espúrios, aonde os pais eram impedidos para o casamento em razão de adultério e incesto. Naturais em relação concubinária, sem impedimentos civis para o casamento. Mas em ambos os casos, eram repudiados pelas famílias romanas, pois entendiam que estes não poderiam desempenhar o papel de filho determinado pela religião. Portanto, não

³ Genoma: é só o começo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 de jun. 2000, 8 p.

poderiam dar continuidade ao culto doméstico, eram considerados, simplesmente o portador dos pecados dos seus pais que violaram o sistema estatuído, gerando um filho de forma contrária à moral e à religião. Ainda mais grave era a situação do filho ilegítimo adulterino que nem sequer podia ser enterrado no túmulo familiar ao lado dos demais membros da família. O direito romano não admitia a investigação de paternidade, impedindo o filho espúrio de buscar seu reconhecimento pelos meios judiciais.

Durante o período de vigência da Lei das XII Tábuas e até a época de Constantino, os filhos havidos da relação concubinária não detinham direitos a alimentos e à sucessão paterna. Somente vieram a conseguir ditos direitos com Justiniano, no ano de 539, permitindo-lhes a sucessão '*ab intestato*', ou seja, sem deixar testamento, bem como se atribuiu ao genitor a obrigação de prestar alimentos. Permitiu-se, também, a possibilidade de legitimação dos filhos ilegítimos naturais, após subsequente casamento dos pais, entendendo-se que o casamento posterior dos pais normalizava as relações familiares entre marido e mulher, reabilitando-se o filho tido como ilegítimo.

Como bem sabemos, na legislação pátria, a distinção de filhos existia até o advento da Constituição de 1988, que criou um novo paradigma para o direito de filiação. Assim, até a promulgação da Carta Magna vigente, tinha-se a filiação classificada da seguinte forma:

“a) Legítima, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção ou se resultante de união matrimonial, anulada posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, art. 221 e parágrafo único, alterado pela Lei n. 6.515/77. Art. 14, parágrafo único).

b) Legitimada, decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.

Acerca da filiação legitimada, a ilustre Maria Helena Diniz afirma:

“significa dar ao filho legitimado a mesma situação jurídica do filho legítimo, pois, pelo art. 352 do Código Civil de 1916, os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos, no que concerne aos direitos pessoais (nome, pátrio, poder) e patrimoniais, mesmo sucessórios (CC de 1916, art. 1.605, e CF/88, art. 227, § 6º), e aos deveres durante a vida ou depois da morte dos pais: b) estabelecer, ainda, o parentesco legítimo em linha reta, não só entre o filho legitimado e seus genitores, mas também com os demais parentescos dos pais²”.

c) Ilegítima, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural (*omissis*)”.

Com relação aos filhos ilegítimos naturais preleciona o eminente Orlando Gomes.

“Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condições superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito²”

Como pude-se observar, resumidamente as classificações consagradas no direito brasileiro anterior à 1988 eram por extremamente discriminatórias; portanto, ressalta-se a importância da Carta Constitucional, especialmente no artigo 227, § 6º, que se extinguiu a diferença entre os filhos, proibindo-se definitivamente quaisquer designações discriminatórias, reconhecendo-lhes a ampla igualdade.

3.2 Novo Paradigma Constitucional

A Constituição Federal de 1988, representa um marco histórico no avanço dos institutos de Direito de Família, pela incorporação das diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

O legislador instituiu o revolucionário princípio de igualdade entre os filhos, revogando o famigerado artigo 358 do Código Civil. O artigo 227, § 6º da

Constituição Federal, estabelece que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Portanto, com o novo paradigma instituído pela Constituição Federal de 1988, o conceito de família passou a abranger inclusive a união estável e as famílias monoparentais. Esse avanço revela a intenção do legislador em promover a integração à sociedade dessa “família moderna”, ou as famílias “não convencionais”, ou seja, não decorrentes de matrimônio.

Segundo Zeno Veloso, “a Lei Maior”, não há filhos preferidos, não admite-se distinções em razão de sexo, aboliu-se por completo a disparidade entre os filhos. determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição.^{4.}”

Desse modo, segundo a Constituição atual, dominam agora os princípios da liberdade e da igualdade, isto é entre os cônjuges, entre os companheiros, igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção.

A declaração de filiação pode ocorrer pelo registro de nascimento ou por qualquer outro ato juridicamente válido que comprove a filiação, como o registro de adoção. Assim, o filho terá direito ao *nominatio*, que é o uso pelo filho do patronímico do pai, ao *tractus*, que corresponde ao sustento material do filho pelo pai, ao *reputatio* que é o fato de ser considerado como filho pelos pais, pela família e pela sociedade e ao *heretandi*, o qual representa o direito à herança.

3.3 Reconhecimento da filiação ilegítima

“ O direito de filiação constitui-se num estado da pessoa humana. Por isso, o direito de filiação é um direito personalíssimo, ou seja, é um direito que incide sobre a pessoa física, tal como a vida, a liberdade, a honra etc. O direito de

⁴ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

filiação que integra a pessoa humana é um atributo da pessoa natural e jamais da pessoa jurídica”.

Muito embora a Constituição Federal tenha instituído a igualdade entre os filhos, existem diferenças entre os filhos procedentes ou não no casamento, uma vez que, apenas o matrimônio gera a presunção de paternidade. Assim, será necessário o reconhecimento expresso, que pode ser realizado, conjunta ou separadamente, de forma voluntária ou judicial, nos termos do artigo 1.609 do Código Civil. Como é um ato irrevogável, será realizado no registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular, e se arquivado em cartório, por testamento, ainda que nele incidentalmente manifestado, e por manifestação expressa e direta perante o juiz. O reconhecimento por testamento, deverá por pessoas, maior de 16 anos que esteja em seu perfeito juízo.

Por reconhecimento voluntário, recorta Silvio Rodrigues³, ser o "ato solene e público, através do qual alguém, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é seu filho", e, por reconhecimento forçado ou judicial, "aquele decorrente de sentença, em ação de investigação de paternidade e na qual se proclama que o autor é filho do investigado".

Parte da doutrina considera o reconhecimento de filiação, ato jurídico unilateral, a manifestação de quem reconhece. O jurista Orlando Gomes³, entende ser ato bilateral, uma vez que o reconhecimento de filho maior depende de seu assentimento, e o do filho menor pode vir a ser anulado se este, mediante ação de contestação de reconhecimento, o impugnar dentro dos quatro anos que se seguirem à aquisição da capacidade civil.

3.3.1 Voluntário

O artigo 1.607 do Código Civil estabelece que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

A irrevogabilidade deste ato está clara e evidente, na redação do artigo 1.610 do Código Civil, que assim dispõe: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”. No entanto poderá ser anulado, se inquinado de vício de vontade como erro, coação, ou se não observar certas formalidades legais; o que poderá ser realizado no próprio termo de nascimento, por escritura pública, por testamento cerrado, público ou particular, e por manifestação expressa por termo nos autos

3.3.2 Judicial.

O reconhecimento judicial resulta da sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la. Trata-se de uma ação ordinária, promovida pelo filho, ou seu representante legal, se incapaz, contra o genitor ou seus herdeiros ou legatários, podendo ser cumulada com a petição de herança; é permitida quando houver concubinato; raptó da mãe pelo suposto pai, ou relação sexual coincidente com a data da concepção; existência de escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

3.4 Efeitos Jurídicos do Reconhecimento do Direito de Filiação

Segundo o artigo 1.616 do Código Civil, o reconhecimento forçado da filiação produz os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do reconhecimento voluntário, exceto no que se refere à criação e à educação do filho, que poderá ser realizada fora da companhia do pai que negou a paternidade, se assim determinar a sentença, diante de motivos graves, em proteção aos interesses e ao bem-estar do menor. Mas, permanecerá com o dever de alimentá-lo em face do disposto no artigo 229 5 da Constituição Federal e do artigo 1.6946 do Código

³⁴Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. – **Constituição Federal** de 1988.

Civil. O mesmo ocorrerá quando a paternidade é reconhecida, em face do disposto no artigo 229 7 da Constituição Federal e do artigo 1.6948 do Código Civil.

4 . A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

4.1 Natureza Jurídica e Objeto da Ação

Na classificação geral das ações judiciais, sabe-se que a Ação de Investigação de Paternidade poderá ser uma ***ação meramente declaratória*** ou ***ação constitutiva/condenatória***, conforme, respectivamente, trate o pedido apenas de obter a declaração da paternidade e consequentes pedidos de alimentos, herança ou danos morais. Em verdade, sendo a ação de investigação de paternidade, antes de tudo, uma ação de conhecimento, esta já traz em si o imprescindível conteúdo declaratório.

No Conceito de Moacyr Amaral dos Santos: *"Necessariamente, em todo processo de conhecimento, o juiz, depois de se inteirar do conflito de interesses, depois de conhecê-lo plenamente, declarará quanto à existência da relação jurídica entre as partes. Por isso o processo de conhecimento também se denomina processo de declaração, tanto mais que o juiz, na decisão, declarará a vontade da lei reguladora do caso concreto. Assim, dá-se também às ações de conhecimento a denominação de ações de declaração, no sentido amplo. Aliás, a expressão 'ações de declaração', ou 'ações declaratórias', no sentido amplo, exprimem com exatidão o sentido da providência jurisdicional a que visam, qual seja uma decisão declarando o direito aplicável à espécie."*

⁴ "Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação". – **Código Civil** 2002.

⁵ "Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação". – **Código Civil** 2002.

4.2 Legitimidade "ad causam"

No que se refere à legitimidade, tanto o filho, seus herdeiros, ou seu representante (se forem incapaz) podem propô-la, conforme o disposto no artigo 1.606 do Código Civil. A legitimidade passiva é do pai ou da mãe (investigatória de maternidade), ou ainda de seus sucessores, se já houver falecido. O Ministério Público pode propô-la também, uma vez a ação de estabelecer a paternidade é de interesse, eminentemente público.

O nascituro, por força do disposto no art. 4o. do Código Civil, mesmo ainda não tendo personalidade jurídica (que esta só começa a partir do nascimento com vida), já lhe estão assegurados direitos no sentido de lhe garantir um nascimento saudável e digno. Isto quer dizer: necessitando a mãe, por sua gravidez complicada ou por sua situação financeira sofrível, poderá, em nome do nascituro, pleitear em juízo os pedidos que entender necessários para garantir a saúde e a vida do feto. Bem. Se a doença é da mãe e não do feto. Ainda assim terá a mãe o direito de formular tais pedidos, porquanto se ela mãe vier a morrer, morrerá consigo o filho que tem nas entranhas. Por outro lado, pergunta-se: ação de investigação de paternidade poderá ser proposta em nome do nascituro? As opiniões de dividem.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 26, § único, proclama: *"O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes."*

Entende-se que a mãe, para salvaguardar direitos do nascituro, poderá ajuizar, dentre outros pedidos garantidores de um iminente nascimento saudável, o pedido de declaração de paternidade. Ajuizada a ação, no curso dela produzida a prova pericial do DNA... Deferidos alimentos provisórios. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua 7a. Câmara Cível, já decidiu a este respeito:

"17014850- INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – ALIMENTOS – ILEGITIMIDADE DE PARTE DA MÃE –

EXTINÇÃO DA AÇÃO – DIREITO DO NASCITURO – ART. 4º – ART. 338 – ART. 339 – ART. 458 – ART. 462 – ART. 384 – INC. V – ART. 385 – CC – ART. 26 – PARÁGRAFO ÚNICO – ART. 27 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Civil. Família. Processual. Filiação. Ação de Investigação de Paternidade de nascituro, ajuizada pela mãe, julgada extinta por ilegitimidade de parte. Possibilidade, no Direito Brasileiro, ante normas protetivas do interesse do nascituro (arts. 4º; 338 e 339; 458 e 462, c/c os arts. 384, V e 385, do Código Civil), de ser ajuizada a ação investigatória em seu nome, o que resta admitido pelo parágrafo único do art. 26 do ECA, ao permitir, como o antigo parágrafo do art. 357 do Código Civil, seu reconhecimento, sem distinção quanto à forma. Este consiste ainda, pelo art. 27 do ECA, em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Tutela do direito à vida na Constituição (arts. 5º e 227). Nascimento da criança após a sentença. Recurso provido para ter o feito seguimento, figurando ela, representada pela mãe, no pólo ativo. Remessa de peças à Corregedoria-Geral de Justiça por descumprimento do art. 2º da Lei nº 8.560/92. (TJRJ – AC 1.187/1999 – (Ac. 25061999) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Roldão F. Gomes – J. 25.05.1999) JCCB.4 JCCB.338 JCCB.339 JCCB.458 JCCB.462 JCCB.384.V JCCB.385 JCF.5 JCF.227 JCCB.357" (2)

Uma outra questão desponta: e os filhos incestuosos? Poderão eles propor ação de investigação de paternidade? Todos esses temas (filhos adulterinos, incestuosos etc.) eram vexatórios antes da edição da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.1990).

A nossa Carta Cidadã, em seu art. 227, § 6º., pôs um basta nessa situação esdrúxula: "*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.*" E o art. 27 do ECA diz: "*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.*" .

4.3 Imprescritibilidade da Ação

A ação de investigação de paternidade é imprescritível. Segundo o art. 1.606 do novo Código Civil: *"A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único – Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo."*

Já os pedidos cumulados, como reivindicação da herança e alimentos, estes são alcançados pela prescrição (prestação alimentícia não executada dentro do prazo de 2 anos – v. art. 206, § 2o., CC). Ou seja, ultrapassada a maioridade civil, não há mais falar-se em pedido de alimentos (para pessoa capaz).

5. MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O conceito jurídico de prova reside na “demonstração da veracidade dos fatos alegados pelas partes, na busca de seus pretensos direitos subjetivos”. Trata-se de instrumento destinado ao convencimento do juiz acerca da verdade dos fatos.

Em tese, tem-se dois conceitos de prova, um que se refere ao caráter objetivo da mesma e outro ao aspecto subjetivo. Neste sentido, é pertinente a lição de Moacyr Amaral Santos:

“Prova, no sentido objetivo, são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos⁹”.

O Código de Processo Civil regulamentou o dever ou ônus da prova, especificamente, em seu artigo 333, *in verbis*:

⁹ SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2v.. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 329.

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

No conhecimento de Amaral Santos, *“efetivamente, o juiz brasileiro é livre na apreciação dos elementos de prova, no sentido de que deve pesar as provas colhidas, apreciá-las e submetê-las aos rigores de seu raciocínio esclarecido e desapassionado, e formar convicção, quanto a verdade daí surgida, ao abrigo de qualquer constrangimento moral¹⁰.”*

5.1 Testemunhal.

A Lei Processual cita como meios de depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

Por ser um dos meios de prova em Direito admissíveis, o depoimento pessoal poderá ser requerido pela parte que tiver interesse em obter a confissão do adversário, ou simplesmente esclarecer os fatos controversos sem prejuízo de ser ordenado pelo juiz, quando entender conveniente.

O ônus da parte, porém, vai além de depor, pois deve responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade, de maneira que *“quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”* (artigo 354, Código de Processo Civil). E, como consequência, aplica-se a pena do artigo 343, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, pena de confissão ficta.

A lei processual enumera duas exceções previstas no artigo 347 à obrigação da parte em depor: *“... I – fatos criminosos ou torpes, que lhe forem*

¹⁰ SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2v.. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 382.

imputados; e II – fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

No que se refere ao depoimento fornecido por terceiro, destaca-se, inicialmente, o conceito de testemunha como sendo aquela *“pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar a sua existência”^{11.}*

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, *“a verossimilhança e a improbabilidade do relato, a honorabilidade ou má fama da testemunha, a coerência entre os vários depoimentos são, sem dúvida, elementos valiosos a serem computados pelo juiz na aferição do valor de convencimento da prova testemunhal”^{12.}*

“Investigação de paternidade. Perícia técnica. Exame DNA. Prevalência sobre a prova testemunhal. A prova testemunhal é apenas indiciária, eis que impossível saber com certeza os detalhes da intimidade da vida a dois. Logo, esta prova em confronto com a prova técnica, de precisão quase infalível, deve sucumbir, mesmo porque a paternidade também foi negada a todo momento pelo investigado. Recurso improvido”. Apelação Cível nº 69726-3/88. (TJ-GO)

Assim destaca-se

“Em tema de investigação de paternidade, a prova testemunhal é obtida notadamente através de pessoas com estreitos contatos com as partes envolvidas, sem que isto desabone seus depoimentos. Acoimar de tendenciosos os depoimentos pela amizade das testemunhas com a mãe do autor, de nada vale, se elas sequer foram contraditadas e, assim, podiam ser ouvidas como simples declarantes, e o juiz aferir a sua sinceridade e senso de verdade no confronto das provas.”(2ª CC do TJSC, Apel. n. 22.746, Jurisprudência Catarinense 50/226).

¹¹ SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2v.. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 451.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1. v. 20. ed.. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

5.2 Documental

Documento, em sentido amplo, significa qualquer coisa capaz de transmitir um registro físico a respeito de algum fato. São assim compreendidos os desenhos, as fotografias .

Em sentido estrito, trata-se dos documentos escritos, ou seja, aqueles em que o fato vem registrado por meio da linguagem escrita, em papel ou outro material adequado, como desenhos, fotografias.

I – Documentos Públicos: as regras atinentes à sua força normativa estão previstas no Código de Processo Civil, mais especificamente, em seu artigo 346, que assim dispõe.

“Artigo 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas, também, dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

A presunção é relativa, já que pode ser desconstituída por declaração judicial de falsidade de documento, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Civil.

II - Documentos particulares: de acordo com a regra do artigo 131 do Código Civil e artigo 368 do Código de Processo Civil, as declarações assinadas pelas partes se presumem verdadeiras em relação a estas.

“A presunção, apesar de ser iuris tantum, ganha força “e faz prova bastante das declarações do documento, desde que esta seja expressa ou tacitamente reconhecido em juízo pela parte a quem é oposto, como traduzindo a sua vontade ou a verdade dos fatos neles declarados. Por isso mesmo que oferecido um documento, sobre ele será ouvida a parte contrária (Cód. Proc.Civil, arts. 398 e 372). Uma vez assim reconhecido, valerá como documento autenticado e faz prova bastante do ato, sempre que este não reclame forma especial”¹³. Há também nos artigos 312, 326 e 327 permissão legal expressa de juntada de documentos no decorrer do processo. Entretanto, manda a regra do artigo

¹³ SANTOS, M.A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. p. 400.

398 que “sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco dias”, tendo em vista o princípio do contraditório

5.3 Pericial.

Perícia é o meio de prova utilizado para demonstrar fatos que exigem conhecimento especial (artigo 145 do Código de Processo Civil).

Neste contexto, destaca-se apenas o exame pericial, o qual comporta a prova técnica, a prova científica e os exames de sangue.

Provas técnicas são as provenientes de processos mecânicos. Na investigação de paternidade, responsabiliza-se por grande parte dos indícios, valendo, assim como início de prova. Na ação de investigação de paternidade é comum a apreciação de fotografias, como meio de prova, para avaliar semelhanças físicas entre investigante e investigado.

Sobre o tema, correlaciona-se a jurisprudência a seguir transcrita.

“Investigação de paternidade – Prova fotográfica. A prova fotográfica tem sido admitida pela jurisprudência em ação de investigação de paternidade, posto que a semelhança física, desde que aliada a outros elementos de convicção existentes no processo, pode levar à procedência da ação. Cabe à parte interessada trazê-la aos Autos, não se podendo porém, obtê-la sob constrangimento da parte eventualmente prejudicada com a sua produção”¹⁴.

Dentre as provas científicas, há o prosopográfico, o determinativo das papilas digitais, o determinativo da cor da íris, o das proporções físicas, o do pavilhão auricular, o da cor da pele e o dos redemoinhos dos cabelos. Segundo o seu criado Alphonse Bertillo, “consiste na ampliação de fotografias do rosto do investigante e investigado, e justaposição de uma à outra, por cortes longitudinais e transversais e a inserção de partes de uma na outra – nariz, orelha, olhos, raiz dos cabelos¹⁵”. Ainda há o exame comparativo das papilas digitais: há ainda as

¹⁴ SIMAS FILHO, F. **A Prova na Investigação de Paternidade**. p. 69.

¹⁵ SIMAS FILHO, F. *A Prova na Investigação de Paternidade*. p. 78

impressões digitais do autor e do réu, visando às semelhanças, segundo o método de Vucetich. c) Exame determinativo da cor dos olhos, uma vez que está é hereditariamente. Este último pouco utilizado, uma vez que a íris poder escurecer. d) Exame das proporções físicas: extraído dos conceitos da biometria, buscando um elo de similitude entre investigador, sua mãe e o investigado. De acordo com a biometria, o homem pertence a um dos três grupos: normolíneo, brevilíneo e longilíneo, mas são consideradas provas frágeis, devido existir variações entre os tipos da figura humana.

“Investigação de paternidade – Presunção em razão da semelhança física. O fato do apelado guardar semelhança física com o apelante só estaria revestido de alguma importância se tivesse restado estreme de dúvidas a existência do relacionamento sexual entre o casal”¹⁶.

e) Exame do pavilhão auricular: semelhante ao mecanismo do exame sobre a cor dos olhos, demonstra que certas pessoas possuem o lóbulo da orelha livre ou preso, característica esta igualmente transmitida por herança genética.

f) Exame da cor da pele: existem basicamente três raças: a branca, a negra e a parda. A raça negra detém cinco fatores (AABBCCDDEE) e a branca outros cinco (aabbccddee). A pessoa negra, relacionando-se com a branca, gera filhos mulatos (AaBbCcDdEe). Associando-se os genes e, levando em consideração a superioridade da raça negra sobre a branca, pais negros e mulatos terão filhos com a cor da pele escura, enquanto os pais de pele branca, necessariamente, filhos com pele clara.

g) Exame do redemoinho do cabelo: de acordo com a explanação de Fernando Simas Filho, da esquerda para a direita distribuição dextrógena), ou da direita para a esquerda (distribuição levógena).

h) Exames de sangue: tendo em vista a transmissão da carga hereditária ocorrer através dos genes e não do sangue, torna-se perfeitamente possível o filho nascer com o tipo sangüíneo diverso do pai e/ou da mãe, mas é no núcleo do zigoto que se encontra todo o patrimônio hereditário - os cromossomos, os quais, por sua vez, encerram os genes, substâncias de transmissão dos caracteres

¹⁶ SIMAS FILHO, F. *A Prova na Investigação de Paternidade*. p. 80.

hereditários de geração em geração, responsáveis por determinada qualidade. O espermatozóide, quanto o óvulo contribuem com vinte e três cromossomos cada, somando o filho normal quarenta e seis cromossomos.

São basicamente cinco métodos de análise dos caracteres hereditários:

a) determinação dos marcadores eritrocitários: são realizados nas células vermelhas do sangue (eritrócitos), numa variada gama de sistemas, como por exemplo, ABO, Rh e MN.

b) Determinação de marcadores cromossômicos: realizados nos leucócitos, identifica a coincidência de faixas ou bandas, de coloração diversa.

c) Determinação de marcadores séricos e enzimáticos: efetuado na parte líquida do sangue e do soro.

d) Determinação dos marcadores leucocitários: realizados nos leucócitos – células brancas do sangue.

e) Determinação dos marcadores de DNA: realizado no material genético, presente no núcleo das células. Possui duas variantes: Impressão digital de DNA e reação em cadeia de polimerase.

O sangue humano é composto por uma parte líquida, denominada de plasma e outra sólida, sintetizada pelos glóbulos brancos (leucócitos), vermelhos (hemácias ou eritrócitos) e plaquetas (pedaços de células) – elementos figurados. Ambos possuem em sua constituição substâncias que se transmitem hereditariamente. Entretanto, é nas hemácias que ocorre a determinação dos grupos sanguíneos.

No homem, podem ser classificados de acordo com três sistemas, o sistema ABO, o sistema MN e o sistema Rh. Esses três sistemas transmitem-se independentemente, pois os pares de genes para cada um destes, localizam-se em cromossomos não homólogos.

5.4 Valoração das Provas

Tendo em vista que o objetivo primordial da ação de investigação de paternidade é a determinação do direito de filiação do indivíduo, na grande maioria

das vezes, contrariamente aos interesses da parte investigada; é correto dizer que sua instrução probatória deve ser sólida.

Nas palavras de Rizzardo¹⁷. “A investigação de paternidade requer a produção de prova forte e incontestada, de modo a não permitir incertezas ou insegurança, o que impõe um atilado cuidado na apuração dos fatos”

No mesmo sentido, Fernando Simas Filho afirma que

“em ações de investigação de paternidade, a prova terá de ser robusta, pois a paternidade apenas possível, não pode ser sinônimo de paternidade concreta, judicialmente comprovada por critérios objetivos. Só o conjunto uniforme de elementos seguros, pode levar à declaração de filiação contestada, pois se é desumano não ter o filho, direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente.”¹⁸

Segundo Fernando Simas Filho, “não deve o juiz ater-se a um rigor exagerado no exame dos elementos de convicção carreados aos autos. Ele não deve ser instrumento de aventuras audaciosas, mas também não deve falhar à alta missão social que lhe incumbe, de amparar pretensões justas. Seu ministério há de exercer-se com prudência”.

Neste contexto, para a investigação de paternidade, são valoradas as provas documental, testemunhal, inspeção judicial, indícios e presunções, o depoimento pessoal e, especialmente, a prova científica obtida através dos exames de DNA, sendo que está última merecerá destaque, segundo o seu caráter técnico e, sobretudo, objetivo.

6 EXAME DE DNA - INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. v. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 827p.

¹⁸ SIMAS FILHO, Fernando. **A Prova na Ação de Investigação de Paternidade**. 5. ed. rev. ampl.. Curitiba: Juruá, 1996. p. 56.

Quando os exames hematológicos pelos sistemas ABAM, MN ou pelo fator RH, só eram capazes de excluir a paternidade, a produção de provas em ações de investigação de paternidade sempre foi cercada por dificuldades e constrangimento, uma vez que o Juiz obrigava-se a recorrer à oitiva de testemunhas que expunham a vida sexual do réu e da genitora do autor, perquirindo a conduta social dos demandantes, a possibilidade de a mulher ter tido relacionamentos íntimos com outros homens etc.

O exame consiste no mapeamento desse código. Uma vez marcadas as bandas de DNA da criança e de sua mãe, os padrões restantes são necessariamente os herdados do pai biológico. Assim, a comparação desses padrões com os do suposto pai permite definir com certeza quase que absoluta se este é ou não o pai do investigante¹⁹.

O exame consiste no mapeamento desse código. Uma vez marcadas as bandas de DNA da criança e de sua mãe, os padrões restantes são necessariamente os herdados do pai biológico. Assim, a comparação desses padrões com os do suposto pai permitirá definir com certeza e quase que absoluta se este é ou não o pai do investigante²⁰.

Enfatizando a impossibilidade de erro no resultado, Salmo Raskin²¹ explica que "um homem falsamente, acusado poderá ter uma peça obrigatória com características genéticas iguais em uma ou outra das regiões das diversas

¹⁹ AMAR, Ayush Morad. *Investigação de Paternidade e Maternidade: do ABO ao DNA*. São Paulo: Ícone Editora, pág 171, 172 e 183 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491-492.

²⁰ AMAR, Ayush Morad. *Investigação de Paternidade e Maternidade: do ABO ao DNA*. São Paulo: Ícone Editora, pág 171, 172 e 183 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491-492.

²¹ RASKIN, Salmo. *Investigação de Paternidade – Manual Prático de DNA*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 27-29 *apud* RIZZARDO, Arnaldo, *Op. Cit.*, p. 493.

pesquisadas, por pura coincidência. Mas é impossível que este tenha igualdade em todas as regiões a serem pesquisadas".

Desta forma, pode-se concluir que, após a invenção do exame de DNA, a ação de investigação de paternidade transformou-se em um instrumento quase que perfeito de realização do processo justo. Uma vez realizada a perícia genética, o Juiz estará apto a proferir sentença de mérito em consonância com a realidade fática, independentemente da produção de outras provas, mesmo que a criança seja fruto de um relacionamento fugaz, não presenciado por nenhuma testemunha, do qual resultou um único ato sexual.

6.1 Evolução Histórica do DNA

A medida que a ciência avança no descobrindo da paternidade, novas informações são documentadas, sobre as operações básicas da vida, tais como a as teorias evolutivas da genética e a da biologia molecular

Enquanto que a teoria da transmutação era bem bem posicionada, entre os renomados cientistas, antes de 1858, a publicação do livro intitulado "As Origens das Espécies", de Charles Darwin, documentava sobre o primeiro mecanismo com segurança e a persistência das mudanças evolucionárias: 'o seu mecanismo da seleção natural'. Entretanto, a cronologia evolutiva, explanava os passos principais da evolução na terra, tal como foram expostos pelos proponentes desta teoria.

Após a introdução da biologia molecular, ficou claro que um mecanismo principal para a variação dentro de uma população é mutagênese do DNA. Um componente essencial da teoria evolucionária explicou que durante o ciclo celular, o DNA é copiado de uma forma, não inteiramente, fiel. Quando ocorrem estes raros erros de cópia, diz-se que eles introduzem mutações genéticas com três consequências gerais relativas ao ambiente corrente: boas, más ou neutras. Por definição, os indivíduos com mutações "boas" terão uma propensão mais forte a propagar-se, ao passo que os indivíduos com mutações "más" terão menores

hipóteses de se reproduzirem com sucesso. Os que tiveram uma mutação "neutra", não terão nem vantagens nem desvantagens. Estas definições assumem que o ambiente permanece estável, isto é o nível de um único gene, sendo que as variações documentadas acima, representam diferentes genes alelos. Após as alterações ambientais, os alelos podem manter a sua classificação de bons, maus ou neutros, ou podem mudar para uma das outras categorias. Os indivíduos que possuíam alelos anteriormente classificados como neutros, podem agora ter alelos "bons", se inclurem mutações que favoreçam a adaptação. Uma vez que alelos neutros podem acumular-se na população sem consequências, durante o tempo em que o ambiente é estável, gera-se assim um reservatório considerável para a adaptabilidade. Nas últimas décadas do século XX surgiram teorias sobre mecanismos alternativos de evolução, onde a cooperação em lugar da competição teria papel central.

6.2 Considerações Doutrinárias e jurisprudenciais

Marco Aurélio Viana, em sua obra "*Ação de Investigação de Paternidade e Maternidade*", comenta que no estado atual do direito, nenhum meio possui o juiz para coagir uma das partes a que se submeta a esse exame comparativo.²²

Injusto, entretanto, é justificar a não obrigatoriedade em face da proteção à integridade física, quando se sabe serem suficientes alguns miligramas de sangue ou coleta de saliva.

“Sendo fantasioso o pretexto do investigado para não se submeter a exame hematológico, por temor de contaminar-se com o vírus da AIDS, já que os exames determinados pela magistrada serão realizados segundo as técnicas mais modernas do Instituto de Genética da UFRGS e descabendo a invocação do direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo como objeção para a coleta de poucos centímetros cúbicos de sangue para aquele fim, visto que em Direito de Família inúmeras vezes o corpo da pessoa é objeto de direitos, não merece acolhimento a irresignação do agravante à decisão que determinou aquela perícia²³”

²² VIANA, Marco Aurélio S. *Ação de Investigação de Paternidade e Maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²³ RIZZARDO, A. *Direito de Família*. p. 637 e 638.

“A injustificada recusa do réu em se submeter ao exame genético significa sua implícita renúncia à tese da negativa de paternidade”²⁴.

“A parte não é obrigada a produzir prova, tem o ônus de fazê-lo, como expressão de conduta em abono de seu interesse em obter a vantagem do julgamento favorável. Assim, a recusa do réu em investigação de paternidade em se submeter a exame hematológico leva à presunção da veracidade dos fatos alegados”²⁵.

7 A RECUSA DO INVESTIGADO EM REALIZAR O EXAME DNA COMO FATOR DE PRESUNÇÃO

Neste capítulo, apresenta-se reflexões sobre os artigos 231 e 232 do Código Civil, relacionando-os com o tema específico da recusa feita pela parte em processo de investigação de paternidade a se submeter a exame de DNA.

Objetiva-se demonstrar como o legislador atualmente enfrenta princípios outrora tidos como inquestionáveis no pensamento jurídico pátrio, como: o da inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo; do direito à intimidade e do direito à inviolabilidade do próprio corpo.

7.1 A Presunção da Paternidade Pela Oposição de Submissão ao Exame do DNA

Não se ignora a outorga especial quanto à proteção que a Constituição Federal atribuiu à família, invocando o Estado para assegurar os direitos indisponíveis e princípios fundamentais inerentes à criança.

O investigado dispõe de variadas formas de resistência, justificáveis, inclusive, se analisarmos somente o ponto de vista formal da lei. Assim, é privilégio da lei restringir direitos, liberdades ou garantias, sempre observando os

²⁴ RIZZARDO, A. *idem*. p. 638.

²⁵ RIZZARDO, A. *idem*. p. 639.

preceitos constitucionais, para que seja efetivamente concretizável tantos esses direitos quanto as restrições e garantias. Entretanto, estas asseguram ao indivíduo seu direito a inobrigatoriedade à realização do exame de DNA, se faz imprescindível examinar os direitos, dos bens maiores que estão sendo resguardados pela primazia constitucional, aqueles relativos ao direito da criança.

As decisões judiciais de forma predominante têm sido desfavoráveis ao réu, como bem afirma Maria Celina Bodin de Moraes²⁶, independente da recusa ter se tratado de simples indício, presunção *juris tantum*, com a conseqüente inversão do ônus da prova ou mesmo a confissão. Em outro contexto, espera-se que o homem ético, de boa-fé e bom senso, se recuse à prova pericial do exame de DNA.

É de conhecimento do réu que grande parte da doutrina, entende que da recusa injustificada lhe recairá desfavorável decisão, inclusive onerosa, a de alimentos, reconhecimento da paternidade, com todas as implicações legais e sociais atinentes ao comum estado de filiação, que alcança, inclusive, direitos sucessórios. Forçado ou não a proceder o exame, recusou-se é constatado que é o pai. Portanto aos olhos da Lei, quanto aos olhos do próprio ser humano, que merece o mínimo de dignidade é a sua real identidade.

7.2 Origem da Súmula 301 do STJ

*"Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade."*

Assim ficou redigida a Súmula 301 aprovada, em 18 de outubro de 2004, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), composta pela Terceira e pela Quarta Turma. O suposto pai que se negar insistentemente a fazer o teste de DNA, terá declarada a paternidade.

²⁶ Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, 48.

O artigo 231 do Código Civil, assim dispõe: *"Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"*.

Por sua vez, o artigo 232 do Código Civil estabelece que "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame". Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁷, não reconhecem uma presunção legal, mas sim, a possibilidade de presunção judicial, devido ao emprego da expressão "poderá".

O fato de artigo 232 do Código Civil presumir a recusa do réu como prova direta da demonstração da veracidade da paternidade alegada é de extrema importância, quando o confronta-se com o inciso IV do artigo 334 do Código de Processo Civil, que dispensa o investigante de provar a paternidade, pois o fato já está comprovado pela prova indireta.

Desta forma, o que necessita ser provado não é a existência de relação sexual entre a genitora do investigante e o investigado, conforme parece supor a jurisprudência, mas sim, a injustificabilidade da recusa deste a submeter-se ao exame de DNA, da qual decorrerá por si só, a prova da paternidade, independentemente de outras provas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, não teve a pretensão saciar o tema, mas proceder informações pertinentes e importantes, no contexto da recusa do exame de DNA, para a identificação da paternidade. Também não teve a pretensão de defender que o juiz não possa julgar improcedente o pedido declaratório quando o réu se recusar a realizar o exame genético. Sabe-se que o magistrado é livre para considerar todas as provas constantes nos autos, seja a favor ou contra o réu, já que o Brasil, adota o sistema do livre convencimento motivado. Mas informar que

²⁷ FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 656.

não pode-se admitir, a improcedência do pedido por falta de provas ou a imposição ao autor do ônus de produzir provas suplementares após a recusa injustificada.

O juiz deverá portanto, inicialmente, considerar as razões alegadas pelo réu para não realizar o exame, levando em conta que o material genético, atualmente, pode ser coletado de várias formas, seja através do sangue, saliva, fio de cabelo, ainda esclarecendo que a coleta não oferece risco ou exposição à sofrimento físico para o investigado.

Se julgar pertinente o motivo do investigado, deverá o magistrado prosseguir na instrução do feito sem atribuir qualquer efeito probatório à atitude do réu. No entanto, se considerar injustificável a recusa, o juiz deverá inverter o ônus da prova, aplicando a presunção relativa de paternidade prevista no artigo 232 do Código Civil.

Ainda, tendo em vista que a presunção é apenas relativa, o julgador deverá assegurar ao investigado, a possibilidade de produzir outras provas capazes de descartar a paternidade, como a demonstração de esterilidade anterior à data de concepção do investigante, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Finda a instrução do feito, se não houver provas capazes de ilidir a presunção de paternidade, a procedência do pedido declaratório é medida de justiça que se impõe, sob pena de admitir-se em ordenamento jurídico, a existência de uma verdadeira aberração jurídica: uma presunção legal que precisa ser provada.

Diante das ponderações feitas no presente estudo, pode-se concluir que o enunciado nº 301 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça é perfeito, embora não reflita o entendimento daquela Corte, pois, pela análise dos dispositivos legais mencionados, depreende-se que "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

REFERÊNCIAS

AMAR, Marcelo J. Ayush *et al* **Investigação de Paternidade e Maternidade. Aplicações Médico-legais.** São Paulo: Ícone, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995-1997. volume 5.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade. Relação Biológica e Afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Antonio Albergaria. **Dos Filhos Havidos Fora do Casamento.** São Paulo: Edipro, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 2v.. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIMAS FILHO, Fernando. **A Prova na Ação de Investigação de Paternidade.** 5. ed. Rev. Ampl. Curitiba: Juruá, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 1. v. 20. ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

VIANA, Marco Aurélio S. **Ação de Investigação de Paternidade e Maternidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.