

Considerações sobre a Presunção de Paternidade no Contexto da Prova Científica

Allan Dias Lacerda

Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Público pela Uniderp/LFG, auditor fiscal da receita estadual/ES e professor da Faculdade Castelo Branco de Colatina na disciplina Direito Empresarial.

E-mail: allandiaslacerda@bol.com.br

RESUMO: O presente artigo almeja um estudo acerca da presunção de paternidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, analisar-se-á o contexto em que a prova científica está inserida, a fim de elaborar propostas para lidar com esse meio probatório. Após isso, será feito um estudo sobre as presunções e as súmulas, sendo isso fundamental para entender os dispositivos que tratam da presunção de paternidade. Finalmente, estudar-se-ão os dispositivos que tratam da matéria: entre os quais, o artigo 232 do Código Civil, que é uma autorização ao magistrado para valorar negativamente a recusa à submissão do Exame de DNA; a súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu uma presunção, que, apesar de possuir grande violência simbólica, não era de obediência obrigatória; e, por fim, o artigo 2º-A da Lei nº. 12.004/2009, que foi a positivação do entendimento jurisprudencial consagrado pela referida súmula do STJ. (BRASIL, 2002; 2004; 2009)

PALAVRAS-CHAVE: Presunção; Prova; Paternidade; Recusa; DNA.

Considerations on the Presumption of Paternity in the Context of Scientific Proof

ABSTRACT: *This article aims a study of the presumption of paternity in the Brazilian legal system. For this, it will be considered the context in which scientific evidence is inserted in order to develop proposals to deal with this type of evidence. After this, it will be done a study on the presumption and the summaries of Superior Courts, because it is important to understand the provisions that deal with the presumption of paternity. Finally, it will be studied the legal articles that deal with the subject; among them, Article 232 of the Brazilian Civil Code, which is an authorization to judge value negatively to the refusal of defendant to submit himself to the DNA test and the summary 301 of the Superior Court of Justice, which established a presumption which, although it has great symbolic violence, it was not of mandatory obedience, finally, Article 2 of Law Act 12004/2009, which was the legitimation of the understanding of the mentioned summary.*

KEYWORDS: *Presumption; Evidence; Paternity; Refusal; DNA.*

SUMÁRIO:

1> Introdução.....	209
2> Verdade, processo e prova científica: o processo como reconstrução da verdade.....	209
3> Análise das presunções e súmulas.....	213
4> Ambiente normativo de surgimento da Lei nº. 12.004/2009.....	216
5> O DNA e o princípio do nemo tenetur se detegere.....	217
6> O artigo 232 do código civil: uma presunção legal?	218
7> A súmula 301 do STJ.....	219
8> A Lei 12004/2007 e suas consequências ao processo.....	222
9> Considerações finais.....	223
10> Referências:	225

1> Introdução

O presente trabalho visa analisar a questão da presunção de paternidade no Brasil, que ganhou um novo capítulo com a introdução da Lei nº. 12.004/09, que incluiu o artigo 2º-A na Lei nº. 8.560/92, estabelecendo uma hipótese legal de presunção de paternidade em caso de recusa do réu em se submeter ao Exame de DNA. (BRASIL, 1992; 2009)

Para isso, será feito um estudo preliminar relacionando a verdade, o processo e a prova, no qual se tentará demonstrar a importância da prova científica no processo civil brasileiro, a ponto de haver uma errada tentativa de sacralização desse meio probatório.

Num segundo momento será feito um breve estudo acerca das presunções e das súmulas, a fim de estabelecer as premissas básicas para a análise dos principais diplomas legislativos que regulamentam o assunto.

Por fim, nos defrontaremos com os principais dispositivos que tratam da presunção de paternidade, entre os quais podemos citar o artigo 232 do Código Civil (BRASIL, 2002), a súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004) e o recente artigo 2º-A da Lei 8560/92 (BRASIL, 1992) para analisar como legislador vem regulamentando a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

2> Verdade, processo e prova científica: o processo como reconstrução da verdade

Não há dúvidas de que o processo, em sua missão de pacificação social, procura garantir que todos tenham acesso a decisões judiciais que contemplem o Direito vigente e, mais do que isso, sejam

justas. Essa justiça, todavia, não é algo fácil de conseguir, visto que, tais decisões, para que tenham essa qualidade, além de estarem amparadas por uma tese jurídica bem formulada, devem ser produzidas conforme a verdade.

Isso gera mais uma questão: o que é a verdade? Muitas teorias filosóficas já se debruçaram sobre o tema¹, mas nenhuma delas conseguiu uma aceitação total, dando uma explicação ontológica para o termo, nem a certeza de que a verdade, de fato, não existe.

Nesse cenário, o processo se desenvolve como a reconstrução dos fatos, a fim de se atingir a verdade. Não uma verdade absoluta, com caracteres divinos, mas uma verdade produzida por meio de elementos presentes nos autos, limitada no tempo e no espaço e pela ordem jurídica em que se encontra. Michelle Taruffo² fala em uma verdade contextualizada, uma vez que um mesmo fato pode produzir diversas verdades, dependendo do contexto em que está inserido.

Essa reconstrução, como já foi dito, ocorre por meio de elementos, normalmente trazidos pelas partes, presentes nos autos que são submetidos ao debate (contraditório), sendo valorados pelo juiz. Logicamente que isso ocorre em um ambiente limitado pelo ordenamento jurídico, que estabelece regras sobre como, quais e quando um elemento pode fazer parte do processo e, com isso, produzir a verdade que originará a decisão. Esses elementos produzidos para demonstrar existência e a veracidade dos fatos, destinados à convicção do magistrado, denominam-se provas.

A doutrina já se debruçou amplamente sobre o tema, dizendo que “a prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e no meio de que ele se serve para averiguar os fatos em que as partes fundamentam suas alegações” (MARQUES, 1998, p. 253). Nesse sentido também Bento Faria afirma que “a finalidade da prova é a demonstração da verdade para convencer o julgador e constitui elemento de vital importância à aferição da prestação jurisdicional correta e justa” (FARIA, 1942. p. 209). Por fim, vale citar Humberto Theodoro Júnior, que diz que provar “é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 381).

Analisando as definições acima, percebemos que a maior parte dos doutrinadores faz uma ligação direta entre o conceito de prova e as partes, como se apenas estas fossem as únicas responsáveis pela

<?>> Marilena Chauí em sua obra *convite à filosofia* faz um interessante estudo sobre o tema, no qual nos apresenta diversas teorias sobre a verdade: “Assim, quando predomina a *aletheia*, considera-se que a verdade está nas próprias coisas ou na própria realidade e o conhecimento verdadeiro é a percepção intelectual e racional dessa verdade (...) quando predomina a *veritas*, considera-se que a verdade depende do rigor e da precisão na criação e no uso de regras de linguagem, que devem exprimir, ao mesmo tempo, nosso pensamento ou nossas idéias e os acontecimentos ou fatos exteriores a nós e que nossas idéias relatam ou narrem em nossa mente (...) finalmente, quando predomina a *emunah*, considera-se que a verdade depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de **convenções universais** sobre o conhecimento verdadeiro e que devem sempre ser respeitadas por todos (...) **teoria pragmática**, para a qual um conhecimento é verdadeiro por seus resultados e suas aplicações práticas, sendo verificado pela experimentação e pela experiência. A marca do verdadeiro é a **verificabilidade** dos resultados”. A autora, diante de tantas versões diferentes, conclui que a verdade é um produto histórico do momento em que o homem vive, devendo, entretanto, a busca da verdade continuar, já que é fundamental para o desenvolvimento da sociedade: “A verdade, portanto, como a razão, está na História e é histórica (...) As verdades (os conteúdos conhecidos) mudam, a idéia da verdade (a forma de conhecer) muda, mas não muda a busca do verdadeiro, isto é, permanece a exigência de vencer o senso-comum, o dogmatismo, a atitude natural e seus preconceitos. É a procura da verdade e o desejo de estar no verdadeiro que permanecem. A verdade se conserva, portanto, como o valor mais alto a que aspira o pensamento” (CHAUI, 2000, p. 126-133).

2>> Michelle Taruffo não nega que exista a verdade, como prega parte da doutrina, que se refere à verdade processual com certo preconceito. O que o autor defende é a presença de diversas verdades, dependentes de um contexto no qual são formadas. Assim, não há que se falar em verdade real e outra verdade processual, o que há é uma verdade produzida em um contexto processual, com métodos próprios, que não pode, de forma alguma, ser considerada inferior a qualquer outra presente em outro contexto, sendo apenas diferente. Por isso, a busca pela reconstrução fidedigna dos fatos deve ser a maior possível, já que, sem isso, o magistrado não poderá decidir de forma justa, visto que o teor da sua resposta jurisdicional dependerá dos fatos que lhes são apresentados. Portanto, o processo não é somente um espaço de confronto de teses jurídicas (não se trata de uma análise abstrata da lei), é um espaço de confronto de teses jurídicas a partir dos fatos presentes nos autos (por isso, essa reconstrução é tão importante, pois é a partir dela que se formarão as teses jurídicas). Para mais informações: (TARUFFO, 2002, p. 99-124).

produção do material probatório. É até compreensível esse pensamento, visto que, de fato, a maior parte do conjunto probatório é produzido pelas partes, que precisam comprovar suas alegações. Entretanto, é inegável que sendo o processo um espaço em que se busca a verdade, a fim de que seja tomada a decisão mais justa, o juiz também pode produzir provas, sendo incompleto analisar o conceito de prova necessariamente vinculado à atuação das partes. Nesse sentido caminhou o legislador brasileiro, através do artigo 130 do CPC (BRASIL, 1973), que afirma expressamente que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.³

Dessa forma, a prova é um mecanismo muito complexo, pois além de servir de meio de persuasão para que as partes tentem convencer o juiz da sua tese, também dá grande margem de liberdade para que o magistrado investigue a verdade,⁴ a fim de se atingir uma decisão justa.⁵

Vale dizer ainda que é permitido ao juiz apreciar livremente a prova, admitindo-se todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos. Assim, o Brasil adotou o sistema do livre convencimento, ou seja, o magistrado, justificando a sua decisão, terá liberdade na valoração da prova, não havendo hierarquia entre os meios de prova.

Nesse contexto, a prova científica surge como um instrumento poderoso para a reconstrução dos fatos e a formação da verdade no processo. O exame de DNA, por exemplo, é capaz de garantir 99,99% de certeza da compatibilidade genética entre pai e filho. Tamanha precisão fez com que tais provas ganhassem um ar de inquestionabilidade, como se não fossem mais necessárias discussões no âmbito do processo, uma vez que a ciência seria capaz de fornecer as respostas necessárias para resolver a questão. Dessa forma, o juiz, incapaz de fundamentar decisão em sentido contrário ao indicado pela prova científica, tornar-se-ia um mero homologador de laudos produzidos pelos peritos. Seria mesmo esse o único caminho a que estaria fadado o processo que contivesse em seu bojo algum tipo de prova científica?

3>> Picó y Junoy demonstrou que essa liberdade do juiz na produção da prova a fim de buscar a verdade não é algo recente, sendo uma herança do Direito Romano. Assim, a idéia antes existente de que no Direito Romano o juiz deveria ter uma atitude passiva, só podendo agir exclusivamente quando provocado pelas partes adveio de uma tradução errada feita pelos glosadores do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, que, na verdade, dizia *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Assim, a única coisa que se proibia ao magistrado era a utilização de seu conhecimento privado para a resolução do processo, não existindo, como erradamente se pensava, uma tradição de que o magistrado não pode agir, devendo somente as partes produzirem as provas no processo. (PICÓ i JUNOY, 2007, p. 1-93).

4>> Michelle Taruffo defende que para a busca da verdade, o conjunto probatório não deve ser formado apenas pelo material trazido pelas partes (que muitas vezes tem um caráter estritamente persuasivo), devendo contar também com a colaboração do magistrado: "Sin embargo, ésta no es sólo una cuestión de inconsistencia conceptual. La historia de los principales sistemas procesales y constitucionales muestra que las garantías de las partes y el rol activo del tribunal pueden desarrollarse por vías paralelas sin interferir la una con la otra. Actualmente, la atención hacia los derechos procesales de las partes y, específicamente, hacia su derecho a probar, se está incrementando en la mayor parte de los sistemas, justamente mientras se provee a los tribunales con crecientes facultades para el manejo activo del caso y para la búsqueda de la verdad. Incluso puede decirse que estos dos aspectos se apoyan el uno al otro, en vez de limitarse recíprocamente: de un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y

activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder" ("Não obstante esta não é só uma questão de inconsistência conceitual. A história dos principais sistemas processuais e constitucionais mostra que as garantias das partes e o rol ativo do tribunal podem se dar por vias paralelas sem interferir uma na outra. Atualmente a obrigação produzia os direitos processuais das partes e, especificamente seu direito de provar, se está incrementando na maior parte dos sistemas, justamente enquanto se dá aos tribunais com crescentes facultades para o manejo ativo do caso e para a busca da verdade. Inclusive pode-se dizer que estes aspectos se apóiam um no outro, em vez de se limitarem mutuamente: de um lado, as garantias processuais das partes requerem um completo e ativo controle do Tribunal para concretizar seus efeitos, assim como para impedir seus abusos; por outro lado, as facultades ativas do tribunal requerem fortes garantias das partes, para não degenerarem em arbitrariedade e abuso de poder"). (TARUFFO, 2003).

5>> No sistema do *Common Law*, a prova possui um caráter muito mais persuasivo, restando pouco espaço para a investigação judicial em busca da verdade, tendo em vista a força do precedente nesse modelo normativo. Nesse sentido também foi a conclusão de Maurício Luis Pereira Pinto: "Frise-se que, no *common law*, não é permitido ao juiz liberdade na produção de provas, sendo a produção de provas atribuição exclusiva das partes" (PINTO, 2009, pág. 220).

Não me parece que essa seja a melhor opção. A prova científica, antes de aprisionar o processo, deve subsidiá-lo, ajudando o seu desenvolvimento. Para isso, é preciso aprender a lidar com essas provas, inserindo-as no sistema normativo, até porque, embora elas sejam confiáveis, não são infalíveis.⁶

Assim, em nosso ordenamento jurídico não há hierarquia entre provas, já que todas devem ser valoradas pelo juiz. Entretanto, ainda há uma questão: como o magistrado fará essa valoração, caso ele não seja um especialista no assunto? Como questionar um laudo quando a pessoa mal consegue compreendê-lo?

A solução dada por Michelle Taruffo (TARUFFO, 1996, p. 230-243) passa pela especialização dos juízes. Nesse sentido, criar-se-iam varas especializadas, com magistrados que se aperfeiçoariam em outras ciências, não com o objetivo de se tornarem especialistas, mas para ganharem condições de analisar e confrontar os laudos dos peritos aos quais são submetidos rotineiramente. Essa idéia já está se desenvolvendo nos Estados Unidos, onde, nos finais de semana, em face de um programa obrigatório proposto pelo Congresso, um professor de genética da Escola de Medicina da Universidade da Carolina do Norte ensina genética aos juízes do país.⁷

Além disso, a própria dialeticidade presente no processo abranda os pretensos efeitos absolutos da prova científica, já que as partes podem indicar assistentes técnicos e apresentar quesitos, a fim de avaliar a plausibilidade das conclusões do perito.

Ademais, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo confrontá-lo com outras provas, e decidir, desde que de forma fundamentada, contrariamente às conclusões do perito. É possível ainda determinar a realização de outra perícia para, confrontando com a primeira, proferir uma decisão mais justa e coerente.

Por fim, o próprio sistema do Direito pode aliviar o juiz nessa tarefa de enfrentamento da prova científica. Isso é feito quando, por exemplo, o legislador estabelece uma presunção acerca de determinado assunto, ou o Tribunal edita uma súmula orientando os rumos que o julgamento deve tomar. Nesse caso, o magistrado não terá todo o fardo para a fundamentação da sua decisão, uma vez que o próprio ordenamento fornecerá um direcionamento inicial. Entretanto, é importante frisar que esse direcionamento inicial não é uma decisão *a priori* fornecida pelo sistema, ao contrário, embora o magistrado deva levar em consideração o conteúdo de tal direcionamento, ainda cabe a ele a análise do material probatório presente nos autos.

6>> O jornal *The New York Times* de 18 de agosto de 2009 veiculou uma notícia de que cientistas em Israel comprovaram ser possível forjar amostras de sangue de um indivíduo sem coletar sequer uma gota de sangue do seu corpo. Embora esse processo não seja algo simples, já é possível, o que desmistifica um pouco a idéia de DNA como prova inquestionável. (THE NEW YORK TIMES, 2010)

7>> Em entrevista ao jornal *The New York Times*, o médico e biólogo molecular James P. Evans fala da importância dos juízes conhecerem genética para enfrentar a questão da prova científica envolvendo o exame de DNA. (OGLOBO, 2010)

3> Análise das presunções e súmulas

Uma vez situado o contexto em que a prova científica se encontra e apresentadas as propostas de como lidar com ela, já é possível fazer um estudo sobre as presunções, fundamental para entender o artigo 4º da Lei nº. 12.004/09, tendo em vista que tal dispositivo nada mais é do que uma presunção legal trazida pelo legislador. (BRASIL, 2009)

Primeiramente vale dizer que o termo presunção pode ser usado de diversas formas. Tal ambigüidade⁸ pode gerar sérios problemas à sua aplicação e, por isso, deve haver um tratamento muito cuidadoso na análise do assunto.

Estudando o tema, Moacyr Amaral Santos define presunção como “a ilação que se tira de um fato conhecido para se provar a existência de outro desconhecido” (SANTOS, 1968, p. 87). No mesmo sentido, Sérgio Carlos Covello afirma que a presunção é “o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo” (COVELLO, 1983, p. 19). Segundo Pontes de Miranda “presunção é a própria operação intelectual que estabelece relação de causalidade entre o fato indiciário e o fato *probando*” (MIRANDA, 1958, p. 424). Por fim, vale citar Arruda Alvim para quem presunção “constitui-se num processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos, através de cujo processo, desde que conhecido determinado fato, admite-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova” (ALVIM, 2006, p. 535). Assim, a presunção é basicamente uma construção mental feita de um fato conhecido, a fim de chegar a um fato desconhecido.

Tal construção mental, segundo Daniel Mendonca (1998) é a aceitação da verdade de um fato, até que se prove o contrário. Dessa maneira, o referido autor ensina que toda presunção apresenta três partes: uma afirmação base (fato conhecido), uma afirmação presumida (fato desconhecido) e um *link* que permite a passagem da afirmação base para a presumida. Assim, por exemplo, quando dizemos que Maria e João são casados (fato conhecido), qualquer questionamento acerca da paternidade de José (filho do casal concebido na constância do casamento) terá como resposta que este é filho daqueles (fato desconhecido), uma vez que a lei (*link* que permite a passagem do fato desconhecido para o conhecido) aceita isso como verdade, pelo menos até que se prove o contrário (MENDONCA, 1998, p. 83-98).

Esse *link* citado por Daniel Mendonca (1998), que permite a passa-

8>> Ambigüidade, neste trabalho, está sendo utilizada no mesmo sentido que Târek Moysés Moussalem utilizou na sua obra *Fontes do Direito Tributário*, ou seja, é o uso da palavra com mais de um significado. Ocorre quando a palavra é usada com dois ou mais sentidos. (MOUSSALLEM, 2006, p. 32).

gem da afirmação base para a presumida, é traduzido na doutrina por meio da seguinte classificação: presunção simples e presunção legal.

A primeira, também conhecida como presunção *hominis*, é formada na consciência do magistrado, que, diante de um indício, desenvolve, com base nas regras de experiência, um raciocínio e estabelece a presunção. Eduardo Cambi, estudando o tema, leciona:

[...] enquanto as presunções legais são, necessariamente, estabelecidas pela lei, sem as quais não existem, as presunções simples são formadas livremente pelo juiz, sendo, pois, ilimitadas e indeterminadas. É, pois, o magistrado quem estabelece a relação entre o fato conhecido e o fato desconhecido, para poder extrair o resultado probatório, diferentemente das presunções legais em que essa correlação e esse resultado já estão pressupostos. Assim sendo, as *praesumptiones hominis* são aquelas das quais o juiz se serve durante a causa, para formar a sua convicção, tal como faz qualquer pessoa para raciocinar fora do processo. (CAMBI, 2006, p. 376)

Além disso, a presunção legal ocorre quando a própria lei estabelece uma conclusão acerca de determinado fato. Nesse caso, o legislador, sabendo da polêmica e dificuldades que determinada situação pode causar, antecipa-se e fornece um direcionamento para a resolução do problema. Para ilustrar a situação, podemos citar o artigo 324 do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja redação nos permite inferir que se A (credor) entrega o título a B (devedor), sendo isso um fato conhecido, então, presume-se que o pagamento foi realizado (fato desconhecido), pelo menos até que se prove o contrário.

Outra classificação comumente feita é a divisão em presunções relativas (*juris tantum*) e absolutas (*juri et de juri*). Logicamente que, de acordo com esse critério, só se poderia pensar em presunções absolutas no caso das presunções legais, visto que as presunções comuns são regras de experiência aplicadas pelo juiz para resolver o caso concreto.

Sobre essa distinção, apesar de haver vozes respeitáveis na doutrina defendendo esse pensamento⁹, ela parece não ter mais sentido na atual sistemática processual, visto que a existência de um devido processo legal depende de que as decisões reproduzam a verdade da melhor forma possível, sendo inviável atingir tal intento com uma disposição absoluta sobre algo, ainda que feita pela lei. O próprio conceito de presunção apresentado nesse trabalho é incompatível com essa classificação, já que a presunção é apenas um direcionamento inicial, que pode ser ilidido. Não sendo assim, não há que se falar em presunção, mas em certeza.¹⁰

9>> Aceitando essa tradicional divisão feita pela doutrina ver José Manoel Alvim (2006, p. 335).

10>> Sérgio Carlos Covello compartilha desse entendimento, sendo expresso em afirmar: "A classificação tradicional, especialmente no que concerne à subdivisão das presunções legais em relativas e absolutas, pois expressando a presunção um juízo provisório, tem-se que é sempre relativa, pois do contrário deixaria de ser presunção para converter-se em certeza absoluta (...) acresce que a noção de presunção absoluta, isto é, de norma inflexível, não se compagina com a noção de presunção, que é sempre um juízo provisório, sujeito à elisão mediante demonstração em contrário". (COVELLO, 1983, p. 129-131).

Por fim, vale dizer que a função básica das presunções legais é fixar um ponto de partida para que o magistrado tenha uma orientação do ordenamento, a fim de que situações de impasse sejam superadas e o ônus da prova seja fixado de forma homogênea, evitando incoerências e divergências no sistema. Assim, tal presunção é apenas o ponto de partida e não o ponto de chegada (conclusão final), que só se dará quando confrontada essa disposição inicial com o restante do conteúdo probatório presente nos autos.

Sobre o assunto, Daniel Mendonça (1998, p. 95) expõe com muita clareza a sua posição:

Por fim, vale falar do caráter instrumental das presunções legais. Daniel Mendonça ensina que a sua função básica é possibilitar a superação de situações de impasse do processo decisório, em razão da ausência de elementos de juízo a favor ou contra determinada proposição (proposição que resulta relevante para resolver o caso submetido). Deste modo, a incorporação de presunções por via legal constitui um mecanismo do qual se vale o direito, em geral, para resolver em um sentido determinado aqueles casos em que existe certa incerteza acerca de se ter produzido determinadas circunstâncias, correlacionadas com certas soluções por normas do sistema em questão.¹¹

Ademais, é importante realizar uma análise de como as súmulas estão inseridas no nosso ordenamento jurídico, visto que isso será fundamental para responder acerca da necessidade da edição da Lei 12.004/99 (BRASIL, 2009).

As súmulas podem ser definidas como um resumo de um conjunto de decisões produzidas por um Tribunal, traduzidas por meio de enunciados.¹² Essas súmulas não se confundem com as presunções legais, já que não foi o legislador que as instituiu. Ademais, as súmulas nunca tiveram um caráter vinculante¹³ no direito brasileiro, possuindo, na verdade, uma função meramente persuasiva, não obrigando o magistrado. Dessa maneira, caso o juiz não concorde com a súmula, não há qualquer inconveniente jurídico para a decisão contrária à solução sumulada.¹⁴

Também não se confundem com as presunções *hominis*, visto que estas são fruto de um raciocínio produzido pelo juiz que, com base em sua experiência, e os fatos que lhe são submetidos, chega a uma conclusão inicial sobre o assunto.

Com isso, as súmulas, embora contem com grande poder de violência simbólica, não são normas de obediência obrigatória por parte

11>> “De acordo con lo expuesto, es fácil ver que las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de impasse del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada posición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido). De este modo, la incorporación de la presunciones por la vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión”. (MENDONÇA, 1998, p.95).

12>> Na verdade, a palavra súmula deriva da expressão latina *summula* (resumo), e refletiria o resumo da jurisprudência de um Tribunal. Assim, não se poderia falar em súmulas de um tribunal, mas em enunciados que, unidos, formariam a súmula de jurisprudência dele. Entretanto, o termo ficou consagrado no meio jurídico como sinônimo do próprio enunciado (falando-se em súmulas do tribunal). Quando analisado com cautela, tal utilização não é totalmente incorreta, visto que a produção desses enunciados é o resumo de um conjunto de decisões do Tribunal, traduzidas em um enunciado.

13>> As súmulas que trataremos nesse artigo são as súmulas produzidas por todos os tribunais em geral (mais precisamente a súmula 301 do STJ), não englobando as súmulas vinculantes, que gerariam outra discussão, tendo em vista a sua aplicabilidade obrigatória. Vale dizer ainda que as únicas súmulas com caráter vinculante são aquelas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o procedimento estabelecido no artigo 103-A da Constituição, regulamentado pela Lei 11.417/07 (BRASIL, 1988, 2007). Assim, mesmo após a Emenda 45 não houve qualquer mudança no tratamento das demais súmulas, que continuam apenas como ferramentas de persuasão, não tendo caráter vinculante.

14>> Nesse ponto, o Direito brasileiro (adepto da *Civil Law*) possui soluções bastante diferentes da *Common Law*, que fornece muita força ao precedente produzido pelos tribunais, evidenciando-se isso *no stare decisis et non quieta movere* (ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso), ou seja, as decisões anteriormente realizadas não devem ser mudadas, desde que mantidas as mesmas condições.

dos magistrados, sendo utilizadas pelos tribunais para garantir a uniformização da jurisprudência. (MOUSSALEM, 2006, p. 155.) Assim, a decisão judicial contrária à súmula, desde que devidamente fundamentada, não possui nenhuma irregularidade, uma vez que as súmulas não obrigam, apenas sugerem uma decisão consubstanciada na jurisprudência majoritária do Tribunal.

4> Ambiente normativo de surgimento da Lei nº. 12.004/2009

O estudo realizado anteriormente acerca das súmulas e presunções foi fundamental para estabelecer as premissas básicas que serão utilizadas para analisar o novo diploma legislativo.

Nesse cenário, já é possível analisar o ambiente normativo de surgimento da referida lei¹⁵, sendo isso muito importante para demonstrar a necessidade da sua criação.

Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil rompeu com uma tradição conservadora e passou a tratar com isonomia os filhos, havidos ou não do casamento, buscando, com isso, reparar uma injustiça histórica, que excluía os direitos dos filhos considerados “ilegítimos”. (BRASIL, 1988) Nessa realidade, surgiu a Lei nº. 8560/92, regulamentando a investigação de paternidade e garantindo o direito desses filhos de ter o reconhecimento judicial da sua paternidade e, conseqüentemente, todos os direitos advindos da filiação, como os alimentos. (BRASIL, 1992)

Para a comprovação desse direito, embora todos os meios probatórios admissíveis fossem utilizados, não há dúvidas de que o DNA detinha um grande prestígio, visto que sua exatidão (mais de 99% de probabilidade) fazia com que alguns o considerassem como uma prova definitiva, dando a errada impressão de que a decisão era elaborada pelo perito, sendo o juiz um mero homologador de um resultado obtido em laboratório.

Entretanto, a aceitação a essa prova científica não foi tranqüila, havendo quem se recusasse a realizar tal exame e, com base no princípio constitucional de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), almejava-se que nenhuma consequência negativa adviesse dessa recusa.

15>> Não se pretende um estudo histórico aprofundado da matéria, apenas demonstrar como a matéria estava sendo regulada no momento anterior à lei. Por isso, será estabelecida como marco histórico a Constituição de 1988, a fim de que se demonstre, a partir dela, os principais dispositivos que tratavam da questão probatória na investigação de paternidade.

5> O DNA e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

A polêmica, então, instaurou-se: de um lado os filhos almejando ver a relação de paternidade reconhecida, sendo o DNA a principal e, muitas vezes, a única forma de se comprovar essa relação; de outro os supostos pais, invocando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir provas contra si mesmo), previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g” do Pacto San José da Costa Rica e, para muitos, constitucionalmente previsto no artigo 5º LXIII.¹⁶ (OEA, 1969; BRASIL, 1988)

Esse direito de não produzir prova contra si mesmo, que conta com grande prestígio no Direito Penal, apareceu no caso do exame de paternidade como um verdadeiro escudo para evitar qualquer efeito negativo da recusa do réu em se submeter ao exame de DNA, desobrigando-o de produzir qualquer prova que pudesse prejudicá-lo, até porque tal princípio estaria intimamente ligado à presunção de inocência.¹⁷

Ocorre que a situação da investigação de paternidade é muito diferente de um processo penal. Isso fica evidenciado pelo fato de que, enquanto no Processo Penal o Estado conta com todo um aparato para a produção probatória, no caso da investigação de paternidade, o demandante, na maioria das situações, não conta com grandes recursos financeiros, estando, muitas vezes, em condições inferiores ao do demandado para a produção de provas. Além disso, o Direito Penal, até por envolver a liberdade do indivíduo, possui alguns princípios que lhe são peculiares e não podem ser simplesmente transportados para outros ramos do Direito.

Assim, é preciso que a análise do *nemo tenetur se detegere* seja feita com a devida mitigação no caso da investigação de paternidade, até porque, não se pode esquecer que o processo deve servir como um instrumento de reconstrução da verdade, a fim de que uma decisão justa seja tomada. Dessa forma, a recusa injustificada, num contexto em que se busca a comprovação de uma relação familiar, não parece o campo adequado para aplicação cega do princípio, originalmente criado para evitar abusos do Estado no campo penal.

Ademais, vários outros argumentos foram invocados para elidir a realização do exame: o direito à intimidade do demandado (previsto expressamente no artigo 5º, X, da Constituição) e a violação à integridade física, já que para a retirada do material genético, é preciso colher sangue do indivíduo, sendo que tal retirada não poderia ocorrer contra a vontade do demandado, obrigando-o “debaixo de vara” a realizar o exame, nem reputar-lhe qualquer consequência negativa em virtude dessa recusa.

16>> A partir da redação do artigo 5º LXIII (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado) não é possível extrair de imediato o direito de não produzir prova contra si mesmo. (BRASIL, 1988) Entretanto, os defensores dessa tese alegam que isso seria uma decorrência do direito ao silêncio, expressamente previsto nesse artigo. Nesse sentido, Denílson Feitoza Pacheco: “O direito ao silêncio, a rigor, é um corolário do princípio da não-auto-incriminação. Mas, no Brasil, houve uma inversão, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio. Então, busca-se afirmar que o princípio da não-auto-incriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio”. (PACHECO, 2005, p. 175).

17>> Alertando sobre a importância do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que deve ser utilizado com o devido cuidado para que não se torne um obstáculo para se atingir a verdade processual (SOUZA, 2005).

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão no paradigmático *habeas corpus* 71373/RS, proibiu expressamente a condução coercitiva do réu ao laboratório para a realização do exame de DNA, por ferir garantias constitucionais como a dignidade, intimidade e intangibilidade do corpo humano, não se pronunciando, todavia, acerca de uma possível presunção no caso de recusa do pai em se submeter a tal exame. (BRASIL, 1994)

Uma vez evidenciada a proibição de se conduzir o réu coercitivamente para a realização do exame de DNA, restava saber se essa recusa poderia ou não lhe gerar efeitos processuais negativos como a inversão do ônus da prova ou mesmo a presunção de paternidade em seu desfavor.

6> O artigo 232 do código civil: uma presunção legal?

Apesar de toda essa polêmica e da edição da Lei nº. 8.560/92 que permitia a investigação de paternidade, o legislador manteve-se inerte na regulação da matéria, ao menos até a edição do Código Civil de 2002, que tratou do assunto, ainda que de forma indireta, nos artigos 231 e 232, com a seguinte redação:

“Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. (...) Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.” (BRASIL, 1992; 2002)

Esses dispositivos provocaram diversos posicionamentos na doutrina, como o de Cristiano Chaves de Farias, que, analisando os artigos, concluiu que se tratava de uma presunção legal.¹⁸

Apesar das respeitáveis posições sustentando o artigo 232 como presunção legal, não parece ser essa a melhor solução, uma vez que, como já foi dito, esta só ocorre quando a própria lei estabelece uma conclusão acerca de determinado fato. (BRASIL, 2002) Analisando o dispositivo em questão, percebe-se que não há qualquer conclusão feita pelo legislador, que apenas dá ao juiz a possibilidade de valorar a negativa de submissão ao exame como suprimento da prova que se pretendia obter, sendo isso expresso no vocábulo “poderá”.

Assim, o artigo não estabeleceu uma presunção na qual a recusa em realizar o exame representaria automaticamente um prejuízo, sendo, na verdade, uma norma dirigida ao magistrado, que estaria autorizado a considerar suprida a prova que se obteria com a recusa.

18>> “Com isso, é de se afirmar que, a partir de uma leitura constitucionalizada e considerando a técnica da ponderação dos interesses, impõe-se compreender no art. 232 do Código Civil uma verdadeira presunção legal da prova que se pretende produzir, quando a recusa em submeter-se a exame médico colidir com interesses de outros (garantidos constitucionalmente), como é o caso das ações filiatórias. (BRASIL 2002) Volvendo a visão para hipóteses concretas, é possível concluir que a recusa imotivada do investigado em submeter-se a exame médico essencial ao esclarecimento da paternidade conduz à procedência do pedido, como conseqüente declaração de filiação” (FARIAS, 2006, p. 25).

Boa parte da doutrina corrobora esse entendimento, como Diogo Leonardo Machado de Melo que esclarece:

Em primeiro lugar, falamos que o artigo 232 representa hipótese de presunção judicial ou simples porque, ainda que esta afirmação pareça redundante, apenas a lei pode criar presunções legais, dando-lhes, como consectário lógico, os efeitos que lhe são pertinentes (...) E mais: o dispositivo menciona que a recusa ao exame 'poderá suprir a prova' (modal deontico: permitido) e não 'deverá' (modal deontico: obrigatório), legitimando a tranqüila conclusão de que o dispositivo não determina o exame forçado, dando ao juiz, tão somente, a possibilidade de interpretar esta negativa em consonância com as provas carreadas aos autos.¹⁹ (MELO, 2006, p.67-68).

Há autores que vão além e pregam que tal dispositivo é inútil (DI-DIER JR., 2006, p. 107) e prolixo, já que uma lei nem poderia criar presunção comum, que é fruto de raciocínio do juiz diante de uma situação concreta. A possibilidade dessa criação já estaria até contemplada com o artigo 335 do Código de Processo Civil, sendo, em virtude disso, desnecessária a regra do artigo 232 do Código Civil.²⁰ (BRASIL, 1973, 2002)

Com a devida vênia a esse posicionamento, embora essa norma não represente, de fato, uma presunção legal, ela não pode ser considerada desnecessária como defendido acima. Afinal, quando o legislador dispõe dessa forma no artigo 232, ele estabelece expressamente que o magistrado poderá dar importância à negativa de produção de uma prova pelo réu, ou seja, a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA poderá ser levada em consideração na decisão final.²¹ (BRASIL, 2002)

Isso, ainda que não pareça relevante, é de suma importância, pois o julgador, apesar de não estar vinculado pela presunção, terá a permissão de considerar a recusa como algo relevante para a decisão, o que, posteriormente, acabou originando a súmula 301 do STJ, que, por sua vez, foi à fonte de inspiração para a Lei nº. 12.004/09 (BRASIL, 2004, 2009).

7> A súmula 301 do STJ

Como já se disse alhures, com o Habeas-corpus 71.373 o Supremo Tribunal Federal proibiu a condução coercitiva do réu para a realização do exame de DNA, nada dizendo acerca da valoração que o juiz poderia fazer disso. (BRASIL, 1994)

19>> Nesse sentido, Gisele Santos Fernandes Góes: "Sob essa orientação, inevitavelmente, depara-se com situação de presunção judicial ou simples ou também chamada de *hominis* (...) Consequentemente o sistema, de posse da nova concepção inserta no Código Civil, caminhava bem em prol da presunção judicial, onde o magistrado se estriba nas pautas argumentativas principiológicas para cada caso concreto". (GÓES, 2006, p. 117).

20>> Rodrigo Reis Mazzei é enfático ao tratar do tema: "Ao se vislumbrar a natureza processual e seu efeito (criar indício de raiz judicial), tem-se que não há qualquer utilidade prática na norma, pois, na realidade, apenas dita o óbvio: o juiz deve julgar o processo de acordo com as provas colhidas, levando em conta, na falta destas, os elementos de presunção que dispõe. A inutilidade do dispositivo é tão flagrante que se fosse extirpado do Código Civil de 2002, nenhum prejuízo prático seria notado. Ao contrário, haveria uma profilaxia para afastar a regra que permite enleio, se o intérprete imaginar se tratar de presunção legal (MAZZEI, 2006, p. 262).

21>> Destacando essa importância e com uma conclusão semelhante a que foi dada neste artigo de Francisco Lima Neto (2006, p.103).

Entretanto, o que se notou foi um direcionamento praticamente unânime na jurisprudência no sentido de que a recusa em realizar o exame de DNA deveria ser considerada um fato relevante, que conjugado com o restante do material probatório seria decisivo para a resolução do caso.²²

Nesse sentido, há muitos julgados, como o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

2001.001.04366 - APELACAO - 1ª Ementa DES. LUIZ EDUARDO RABELLO - Julgamento: 24/10/2001 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL INVESTIGACAO DE PATERNIDADE ALIMENTOS CUMULACAO DE PEDIDOS EXAME DE D.N.A. RECUSA PRESUNCAO DE PATERNIDADE FIXACAO DA PENSAO ALIMENTICIA RECURSO DESPROVIDO.

Ação de Investigação de Paternidade. A recusa do pai em submeter-se ao exame de DNA, embora legítima em face dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, inverte, todavia o ônus da prova, transformando a possibilidade de paternidade em probabilidade. A recusa injustificada ao exame, o malogro do investigado em provar sua inocência, em conjunto com os indícios extraídos das provas orais produzidas, são o bastante para que o pedido da investigante seja julgado procedente. Recurso improvido.²³ (RIO DE JANEIRO 2001)

Isso apenas demonstra que o artigo 232 do Código Civil, longe de ser um dispositivo inútil, na verdade, representa uma opção do legislador, que positivou uma construção da jurisprudência na resolução da questão, dando maior segurança jurídica ao jurisdicionado. (BRASIL, 2002)

Ocorre que os Tribunais não pararam por aí e o Superior Tribunal de Justiça passou a considerar tal recusa como uma verdadeira presunção em desfavor daquele que se recusasse a fazer o exame. (BRASIL 2001) Reiterando esse entendimento, foi produzida a súmula 301, com a seguinte redação: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. (BRASIL, 2004)

Analisando o referido enunciado, percebe-se que não estamos mais diante de uma construção como a do artigo 232 do Código Civil, que dava ao juiz a possibilidade de valorar a recusa do pai. A súmula tem uma mensagem mais direta: no caso de recusa em realizar o exame, então haverá presunção de paternidade, ou seja, será considerado pai, até que se prove o contrário. (BRASIL, 2002)

22>> Apesar disso, ainda existiam julgados em sentido contrário, prestigiando o *nemo tenetur se detegere*, que ganhava, dessa maneira, contornos absolutos.

23>> A título de exemplificação, podemos citar julgados de alguns Tribunais: TJMG, apelação cível: 1.0701.96.007564-9/001 (MINAS GERAIS, 2004); TJSE, apelação cível: AC 2001201711 (SERGIPE, 2002); TJES, apelação cível: AC 50989000091 (ESPIRITO SANTO, 2001); TJMA, apelação cível: AC 112481999 (MARANHÃO, 2000).

Assemelha-se, dessa forma, a uma presunção legal, mas não pode ser considerada com tal qualidade, pois não foi instituída pelo legislador, não tendo, portanto, caráter vinculante em relação ao magistrado.

Essa semelhança com a presunção legal fez com que muitas críticas fossem dirigidas a ela, como as de Gisele Góes:

o “pecado” da súmula foi o de qualificar a presunção relativa, porque caminhou para o mundo da presunção legal, quando o diploma civil se alinhou ao universo da presunção judicial (...) Pelo esposado, somos a favor da revogação do Enunciado 301 do STJ, para que não se corra o risco de uma interpretação procedente da Magistratura na rota de que, em havendo recusa à perícia médica, não importa mais nada, o investigado é o “suposto” pai. Basta o art. 232 do Código Civil brasileiro que, de modo hábil, convenciona o exercício da presunção judicial (GÓES, 2006, p.118).

Apesar da conclusão da autora, não parece ser esse o melhor tratamento a ser dado à súmula do STJ. Há um exagero na análise das súmulas, uma vez que elas não são normas de obediência obrigatória por parte dos magistrados, embora possuam grande poder de violência simbólica. Assim, o juiz não estará compelido a necessariamente decidir na forma da súmula 301 do STJ, que é apenas um instrumento de persuasão. (BRASIL, 2004) A obediência dos tribunais a esse entendimento, não significa que ele seja obrigatório, apenas que ele é convincente.

Ademais, o fato da recusa automaticamente gerar uma presunção de paternidade não ofende o artigo 232 do Código Civil, tendo em vista que este permite ao magistrado suprir a prova em caso de recusa ao exame. (BRASIL, 2002) É certo que o diploma não gera uma presunção legal, mas também não se pode negar que dá liberdade ao magistrado para, diante do caso concreto, valorar a situação desfavoravelmente a quem se recusou.

O Superior Tribunal de Justiça, utilizando dessa liberdade, fixou entendimento de que em caso de recusa, então este seria considerado pai, a não ser que conseguisse provar o contrário, consubstanciando isso em uma súmula. Não há qualquer irregularidade nisso, afinal, se o magistrado, no caso concreto, pode tomar tal atitude, por que o STJ não poderia? Esse temor de parte da doutrina está no grande poder de violência simbólica da súmula que, embora não seja obrigatória, é seguida a risca por boa parte dos julgadores como se fosse uma lei. Essa força, contudo, não a torna obrigatória e, por isso, ela não pode ser considerada irregular.

Por fim, não há a citada obrigatoriedade de se considerar o indivíduo como pai em caso de recusa ao referido exame, pois, mesmo adotando o entendimento da súmula, o magistrado deverá analisar todo o conteúdo probatório e só a partir disso é que tomará a decisão. Ninguém duvida da força da prova científica, até pela sua exatidão, entretanto, ela não é infalível e quem decide é o magistrado, não o exame. Dessa maneira, garante-se oportunidade à parte de, por meio de outras provas, contradizer a presunção que tem contra si.

Portanto, a presunção é relativa (*juris tantum*), não encerrando a questão, como defende parte da doutrina.

8> A Lei 12004/2007 e suas consequências ao processo

A Lei nº. 12.004/07, trouxe em seu bojo o artigo 2º, com a seguinte redação:

“Art. 2º A Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A: Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.” (BRASIL, 2007)

Como se percebe, o novo artigo 2º-A, “caput”, da Lei 8.560/92 praticamente repete a redação do artigo 332 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 1973; 1992) Pouco se acrescenta com a sua inserção, apenas fica evidenciado que o processo deve sempre procurar a verdade, com todos os meios de prova, típicos e atípicos, desde que admissíveis pelo ordenamento jurídico.

Não há dúvidas de que a grande novidade veio no parágrafo único do referido dispositivo, que criou uma presunção legal de que a recusa do réu em se submeter ao exame gera presunção de paternidade.

Com isso, prestigiou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já tinha criado uma presunção na súmula 301, o que foi muito bem recebido por grande parte da jurisprudência dos Tribunais.²⁴ (BRASIL, 2004) Entretanto, como já se disse acima, essa construção do STJ não era uma presunção legal, não tendo caráter vinculante em relação aos demais magistrados.

24>> É possível citar vários julgados que acolheram a solução da súmula como fundamento para a decisão: TJSP, apelação civil com revisão: CR 5768794100 (SÃO PAULO, 2008); TJES, apelação cível: AC 39050002714 (ESPÍRITO SANTO, 2009); TJRN, apelação civil: AC 97753 RN 2008.009775-3. (RIO GRANDE DO NORTE, 2009)

O novo dispositivo da Lei nº. 12.004/2009 positivou tal entendimento, sendo muito importante para os casos de investigação de paternidade, visto que antes o juiz, mesmo diante da súmula 301 do STJ, poderia escolher se tal recusa geraria ou não uma presunção, pois a lei (artigo 232 do Código Civil) lhe dava essa liberdade.²⁵ (BRASIL 2004; 2009) Agora o magistrado está vinculado pela solução legal, ou seja, havendo recusa, há presunção (*juris tantum*) de paternidade.

Dessa forma, o novo diploma legislativo criou uma presunção legal relativa de paternidade em caso de recusa do réu em se submeter ao exame de DNA.²⁶ Isso significa que antes o autor da ação (filho) teria o ônus de comprovar a sua condição de filho, ainda que o pai se recusasse a realizar o exame; agora, após uma longa evolução que atravessou normas como o artigo 232 do Código Civil e a súmula 301 do STJ culminando com a Lei nº. 12.004/09, já se pode dizer que a recusa em realizar o exame inverte o ônus da prova, sendo obrigação do suposto pai provar que não possui essa qualidade. (BRASIL, 2002, 2004, 2009)

9> Considerações finais

Diante do exposto, percebemos que a prova não deve representar apenas um instrumento de persuasão, mas uma ferramenta, para se atingir a verdade, fundamental para garantir a justiça da decisão. Nesse cenário, é preciso ter cautela com o tratamento da prova científica, que, apesar de ter uma precisão muito grande, não deve ser tida como uma solução definitiva para todos os problemas, devendo ser valorada pelo magistrado, que só poderá tomar uma decisão após a análise de todo o material probatório presente nos autos.

Tendo em vista a dificuldade de se valorar a prova científica, o Direito criou várias maneiras para lidar com o problema, de forma a aliviar o magistrado nessa missão. Uma delas é a presunção, que, nos termos que foi apresentada, é a aceitação de uma verdade para que seja possível passar de um fato conhecido para um fato desconhecido, sendo que tal passagem pode se dar pela lei ou pelo raciocínio do magistrado.

No caso da investigação de paternidade, a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA recebeu um tratamento gradual do nosso ordenamento, que, inicialmente, garantiu ao juiz o direito de valorar negativamente essa recusa (artigo 232 do Código Civil). (BRASIL 2002) Com isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

25>> Vale lembrar que o artigo 232 do Código Civil possui uma regulamentação muito mais ampla do que a nova alteração da Lei 8560/92, significando que o magistrado continua com liberdade para valorar a prova científica nos demais casos. Somente no caso de recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade é que o legislador produziu uma solução específica, em qualquer outro caso de prova científica, a solução deve continuar sendo a do Código Civil.

26>> Como já especificamos a presunção é a passagem de um fato conhecido, a fim de descobrir um fato desconhecido, por meio de um link (no caso da presunção legal, esse link é a lei) que permita essa passagem. Exemplificando: João não sabe quem é seu pai e, buscando descobrir, aciona judicialmente José (ex-namorado de sua mãe), por meio de ação de investigação de paternidade, pedindo que este se submeta ao exame de DNA, a fim de colher material probatório adequado para ter sucesso em sua demanda. Este (José) se recusa a realizar tal exame (fato conhecido), o que gera contra si uma presunção de paternidade, ou seja, ele será considerado pai de João (fato desconhecido), a menos que o restante do material dos autos comprove o contrário. Essa passagem do fato conhecido (recusa a se submeter ao exame) para o fato desconhecido (José como pai de João) só ocorre porque a lei permitiu, sendo tal conclusão apenas relativa, podendo ser elidida por prova em contrário.

fixou um entendimento no sentido de que essa recusa geraria uma presunção contrária ao réu, solução positivada pela nova Lei 12.004/09. (BRASIL, 2009)

Essa solução pode ser considerada um acerto do legislador, afinal enfrentou a recusa do réu em se submeter ao exame, dando a liberdade necessária ao magistrado para valorar o material probatório presente nos autos (tendo em vista o *caráter juris tantum* da presunção). Isso sem contar que não se inovou desnecessariamente o tema, adotando-se uma decisão já consagrada pelos tribunais, o que garante segurança jurídica, uma vez que agora o juiz estará vinculado a essa solução legal, sem qualquer prejuízo à aplicabilidade do dispositivo.

Assim, pode-se dizer que o Brasil, após um longo período de evolução, possui uma legislação moderna e preparada para regular a prova científica no que diz respeito à recusa do réu em se submeter ao exame de DNA.

10> Referências:

- ALVIM, José Manoel de Arruda Netto. Manual de Processo Civil. Vol. 2. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BRASIL. Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Poder Executivo. 2009.
- BRASIL. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Poder Executivo. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção Juris Tantum de Paternidade. In Índice Geral do Direito. Brasília. 2004.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Código Civil. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados. 2002a.
- BRASIL. Agravo de Instrumento 20020020041296AGI/DF. Impossibilidade de Produção Coercitiva. 5ª Turma Cível. Brasília, DF, 09 de outubro de 2002b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 256161 DF 2000/0039455-6. Relator(a): Ministro ARI PARGENDLER Julgamento: 12/09/2001 Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA Publicação: DJ 18.02.2002 p. 411 RSTJ vol. 153 p. 252. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+256161+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 04 de out. de 2010. 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Habeas-Corpus nº 71.373, do Rio Grande do Sul. Brasília, DF, 10 de novembro de 1994.
- BRASIL. Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Poder Executivo. 1992.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal. 1988.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Poder Executivo. 1973.
- CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Pacto San Jose da Costa Rica de 22 de novembro de 1969. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/texto065.shtml>>. Acesso em: 04 de out. de 2010. 1969.

COVELLO, Sergio Carlos. A presunção em matéria civil. São Paulo: Saraiva, 1983.

DIDIER JR., Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil e o enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Bahia: Jus PODIVM, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Exame comparativo das impressões digitais do DNA. 2010.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível 50989000091. Recusa o Réu de submissão a exame de DNA, porém esta recusa e os indícios apurados na instrução fazem prova contra si. Julgamento: 29/05/2001. 2001.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível 39050002714. Recurso ao qual se nega provimento. Julgamento: 13/01/2009.

FARIA, Antônio Bento. Código de processo penal: decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vol. I. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Bahia: Jus PODIVM, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – Presunção legal ou judicial ou ficção legal? In Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A falsa presunção constante do art. 232 do Código Civil. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Bahia: Jus PODIVM, 2006.

MARANHAO. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível: 112481999. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Julgamento: 01/03/2000. 2000.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Col. 1. Campinas: v. 2 Bookseller, 1998.

MAZZEI, Rodrigo. Algumas notas sobre o ('dispensável') art. 232 do Código Civil. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Bahia: Jus PODIVM, 2006.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. O artigo 232 e a súmula 301 do STJ: Recusa do Exame de DNA pelos avós. in DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo (orgs). Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Bahia: Jus PODIVM, 2006.

MENDONCA, Daniel. "Presunciones". Doxa. nº. 21, vol. 1 (1998). pp. 83-98. 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil n. 1.0701.96.007564-9/001. Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Data do Julgamento: 02/03/2004. 2004.

- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- OGLOBO. Cientista dá aulas de genética para juízes nos Estados Unidos. Rio de Janeiro, 01 de julho de 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL632039-5603,00.html>>. Acesso em: 13 de out. 2010.
- PACHECO, Denílson Feitoza. Direito processual penal: Teoria, crítica e práxis. 3ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- PICÓ i JUNOY, Joan. El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual. Barcelona: Bosch, 2007.
- PINTO, Maurício Luís Pereira. Poderes probatórios do juiz no Civil Law e no Common Law. In Zaganelli, Margareth Vetis (coord.). Processo, Verdade & Justiça: Estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível: 2001.001.04366. Investigação de paternidade. Julgamento: 24/10/2001. 2001.
- RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível: 2008.009775-3. Ação de investigação de paternidade com cumulação de alimentos. Julgamento: 31/03/2009. 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. I, Parte Geral. Max Limonad, 1968.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: 5386104700. Ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos. Julgamento: 21/10/2008. 2008.
- SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível 2001201711. Investigação de paternidade. Julgamento: 18/06/2002. 2002.
- SOUZA, José Barcelos de. Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais - parte I. O Tempo, Belo Horizonte, MG, 2005.
- TARUFFO, Michelle. Consideraciones sobre prueba y verdad. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 7, nº 11, 2002.
- _____ Investigación judicial y producción de prueba por las partes, Rev. derecho (Valdivia) v.15 n.2 Valdivia dic. 2003 (versão on line).
- _____ Le Prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. In: Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile. Milano, ano I, n.1, março de 1996.
- THE NEW YORK TIMES. DNA Evidence Can Be Fabricated, Scientists Show. Nova Iorque, 17 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html?_r=1&ref=science>. Acesso em: 13 de out. 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil: dos atos jurídicos ilícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.