

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MAURO RIBEIRO NETO

**SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SOLUÇÃO
OU INVOLUÇÃO?**

Juiz de Fora, 1º de dezembro de 2011.

MAURO RIBEIRO NETO

**SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SOLUÇÃO
OU INVOLUÇÃO?**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Professor ISRAEL CARONE
RACHID

Juiz de Fora, 1º de dezembro de 2011.

MAURO RIBEIRO NETO**SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SOLUÇÃO
OU INVOLUÇÃO?**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Professor ISRAEL CARONE RACHID

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Israel Carone Rachid
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, 1º de dezembro de 2011.

Dedicatória

Ao meu amigo Lucas Paulino de Azevedo, jovem estudante de Direito, que embora apregoadado por infortúnios do destino, permanece bravamente lutando por sua nobre vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por cercar meu caminhar de anjos protetores. Anjos como meus pais, é com o apoio e o amor deles que me torno invencível, obrigado por fazer de minhas escolhas prioridades em suas vidas. Anjos como meus tios e minha avó, que me inspiram a ser digno, honesto e perseverante em quaisquer situações. Anjos como minha namorada e minha irmã, que permeiam minha existência de afeto, carinho e compreensão, até nos momentos mais incompreensíveis de minha vida. Anjos como meus amigos que agregam experiências inexoráveis ao meu amadurecimento como homem. Por fim, anjos como meus mestres que foram e, continuarão sendo, cruciais para minha formação como estudante, profissional e indivíduo. Obrigado a todos que colaboraram de qualquer forma para o meu desenvolvimento e amadurecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem o seu foco principal na Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, a qual diz: “**Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade**”. A presente súmula é o gérmen da lei 12.004/2009, que simplesmente reproduziu legislativamente o entendimento já consagrado nos tribunais pátrios. Deste modo, o objeto de estudo será tão somente a orientação sumulada, haja vista que fora ela o marco inicial para o estabelecimento do entendimento que se tem hoje quando o assunto é ação investigatória de paternidade e recusa a submeter-se ao exame de DNA. Os estudos passarão pela análise da revolução jurídico social da criação do exame de DNA, pelo panorama histórico e jurisprudencial acerca do assunto, que culminaram na edição da Súmula 301 do STJ, pelas posições firmadas nos tribunais pátrios a partir de sua edição, para que se permita um ataque sólido ao entendimento sumulado. Deve-se deixar claro que o presente trabalho não se reduz a um mero ataque descompromissado ao teor da súmula, mas, sim, em uma tentativa de derrubar todos os fundamentos e premissas sobre os quais ela foi erigida, para tão somente, depois, analisar se a orientação firmada concretiza uma verdadeira solução ou involução no que concerne a efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, far-se-á uso do método hipotético-dedutivo, realizando um falseamento na hipótese fática que predominantemente orienta a abordagem do problema em tela, no sentido de demonstrar a ineficácia dos paradigmas estabelecidos no ordenamento brasileiro. Enfim, tentar-se-á, primeiramente, desconstruir, para, depois, já livre de pré-conceitos e amarras jurisprudenciais, construir uma solução inovadora para o trinômio: exame de DNA, recusa em colaborar por parte do suposto pai e direito a identidade genética. Portanto, far-se-á um estudo complexo que, apesar de ter conteúdo meramente teórico, possa auxiliar na fixação de novas premissas para o ativismo judicial quando o assunto for recusa ao exame de DNA. Logo, o intuito é romper com paradigmas estabelecidos há décadas no ordenamento jurídico brasileiro, o que de certo modo pode parecer ousado, porém, de suma importância na evolução e concretização de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade – dignidade da pessoa humana – direitos fundamentais – presunção de paternidade – ação investigatória de paternidade – exame de DNA – direito a integridade física – direito a não produção de provas contra si mesmo – identidade genética – condução coercitiva – abuso de direito – principio da proporcionalidade – súmulas – litisconsórcio passivo

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	7
II. DO EXAME DE DNA	10
II.I Da descoberta e seus benefícios.....	10
II.II Da facilidade do exame de DNA	11
III. SÚMULA 301 DO STJ	13
III.I I Posição do Supremo Tribunal Federal anterior a sua edição	13
III.II Direito Comparado	15
III.III Posição do Superior Tribunal de Justiça anterior a edição da súmula...	16
III.IV Teor da súmula.....	18
IV. DESCONSTRUÍDO A SÚMULA 301 DO STJ.....	20
IV.I Litisconsórcio passivo em ação investigatória de paternidade.....	20
IV.II Direitos fundamentais do Investigado.....	23
IV.III Direitos Fundamentais do Investigante	28
V. CONCLUSÃO	33
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

I. INTRODUÇÃO

A história da humanidade é, indiscutivelmente, marcada por avanços e retrocessos, os quais guiam a sociedade em direção de relevantes evoluções, porém, por vezes, também, a infinitas involuções. Desta maneira vivemos em um processo cíclico que algumas vezes nos impulsionam para a prosperidade, contudo, não raras vezes nos lançam de volta ao passado.

Talvez apenas uma seara não sofra com esta dialética intermitente de avanços e retrocessos, qual seja, a ciência, haja vista que uma descoberta sempre serve de fundamento ou base teórica para novas descobertas. Entretanto, quando o assunto é ciência social aplicada, como o direito, não é diferente. Na área jurídica podemos avançar a passos largos, jurídica e legislativamente, em poucas décadas, mas também podemos retroceder séculos de estudo em curtíssimo lapso temporal, basta construirmos entendimentos sobre premissas falaciosas ou de arenosa sustentação.

A técnica laboratorial de exame de DNA é um exemplo claro de avanço, que lança a humanidade décadas ao futuro, mormente na seara jurídica. Condenar assassinos, prender estupradores, identificar terroristas, criar famílias, apontar pais de filhos desconhecidos, gerar direitos de herança e laços eternos, tornou-se simples com a descoberta de Alec Jeffreys¹. A descoberta da molécula da vida revolucionou a perícia forense e o direito à identidade genética, atuando esta em diversos ramos do direito. Em 2010, o exame de DNA completou 25 anos de sua criação. Os operadores do direito comemoram o seu uso como uma das ferramentas mais seguras já desenvolvidas pela ciência e capaz de auxiliar a vida forense na tarefa tão árdua de se fazer justiça, na acepção mais ampla da palavra.

No Superior Tribunal de Justiça, casos definidos pela técnica passaram a ser julgados na década de 90, grande parte deles relativos ao Direito de Família. Paulatinamente, a popularização do teste e a redução do custo do exame de DNA levaram filhos sem paternidade reconhecida a buscar o seu direito à identidade e todas as consequências jurídicas e existenciais desta.

Entretanto, nem sempre a ciência é capaz de estender seus avanços plenamente no Direito, haja vista que, neste campo temático, ela encontra inúmeros princípios sacralizados, durante séculos, que impedem o seu uso irrestrito na concretização de direitos fundamentais. Exemplos contundentes destes princípios são o princípio da intangibilidade física ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não produção de prova contra si

¹ Professor Alec John Jeffreys, geneticista britânico, da University of Leicester, inventor do exame de DNA.

mesmo, dentre outros que impedem que o suposto pai seja conduzido coercitivamente a colaborar para revelação da identidade genética que o DNA propicia.

A Súmula 301 do STJ² deixa bem clara, assim como a legislação proveniente da Lei 12.004/2009³, a qual nada mais fez do que meramente reproduzir o entendimento sumulado, a inadmissibilidade no direito brasileiro de conduzir coercitivamente o suposto pai para feitura do exame de DNA, ou como já pronunciado pela jurisprudência pátria, “debaixo de vara”. Primou-se por respeitar o direito à dignidade da pessoa humana do investigado, bem como sua intangibilidade física e direito de não se auto-incriminar. Logo, apesar do exame de DNA ser quase infalível no que concerne a aferição da identidade genética, este só poderá ser utilizado para revelar a verdade genética se o investigado assim concordar.

Para esmagadora doutrina e jurisprudência tal decisão foi acertada, haja vista que protegeu direitos constitucionalmente garantidos. Entretanto, será que fora feita uma interpretação correta no que tange a tutela destes direitos? Será que os mesmos podem prevalecer abstratamente sem uma análise mais acurada? Tais indagações não são mais formuladas, menos ainda respondidas. Instaurou-se uma verdadeira calma com a edição da súmula e mais ainda com a ratificação pelo legislador do entendimento sumulado. A jurisprudência abraçou a súmula 301 do STJ como se fosse à panacéia para todos os males enfrentados em investigações de paternidade. Estávamos diante de um baluarte de aplicação simples e salvadora. Se por um lado impedia a criança de ter revelada a sua identidade genética, por outro lhe fornecia uma presunção “*iuris tantum*” de que o investigado era seu pai, quando este se recusava a fazer o exame. A criança pleiteia investigação de paternidade, o pai aceita colaborar para com o exame, problema resolvido, está concretizado o direito fundamental à identidade genética e todas as suas nuances. O pai se recusa a fazer o exame, cotejam-se as provas produzidas aliada a uma presunção relativa contra o suposto pai, por conta da recusa, e problema resolvido novamente; existem elementos probatórios, é pai; inexistem, não é pai. Para que alcançarmos a verdade, a realidade, propiciada por avanços científicos, se se pode continuar usando técnicas rudimentares de distribuição de ônus probatório para se chegar a conclusões fictícias?

É inadmissível que operadores do direito aceitem tão passivamente a solução criada pelo legislador e tribunais pátrios para o trinômio exame de DNA, recusa em colaborar por

² STJ Súmula nº 301 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004

Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção Juris Tantum de Paternidade

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

³ “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.”

parte do suposto pai e direito a identidade genética. Não existem direitos fundamentais, considerados abstratamente, hierarquicamente superiores na Constituição Federal. Afirmar que o entendimento sumulado preza a um só tempo pela garantia aos direitos do suposto pai, bem como aos direitos da prole, é uma falácia barata e conveniente, que, ecoada em nossos tribunais, passou a gozar de status de verdade absoluta e incontestável. É justamente em cima desta falácia que o presente trabalho se arquitetarà, no sentido de desconstituí-la e provar que a solução dada pelo ordenamento jurídico, ao trinômio retro citado, significou verdadeira involução jurisprudencial, jurídica, social e cultural. A solução que por diversas vezes parece simples e de fácil constatação, pode ser árdua se tentarmos aplicá-la a situações existenciais próprias do mundo atual. Posto isto, com fundamento no método hipotético-dedutivo, será falseada uma nova hipótese fática no desenvolver do trabalho, no afã de demonstrar que as premissas e fundamentos da Súmula 301 do STJ são falsas; ademais, adotá-la de forma absoluta pode levar ao esvaziamento de direitos fundamentais de suma importância.

II. DO EXAME DE DNA

II.I Da descoberta e seus benefícios

A eficácia e os benefícios incalculáveis trazidos pelo exame de DNA são, há mais de duas décadas, incontestáveis, mormente no que se refere à identificação da filiação biológica. Trata-se de descoberta, nos últimos séculos, sem similares na ciência no que concerne à identificação genética. Com tal descoberta tornou-se possível comparar o padrão genético de dois ou mais indivíduos e, pela primeira vez, comprovar com certeza quase absoluta (superior a 99,9999%) se um indivíduo é ou não o pai biológico de uma criança. O que antes era obtido por meios pouco confiáveis, seja pela possível falha do sistema, que era, sem sombra de dúvidas, altamente falível, quer seja pela possibilidade de fraudes, passou a ser algo extremamente seguro e revelador da verdade genética. O exame de DNA surgiu para revolucionar a um só tempo a ciência e o direito, na medida em que traz a solução para um problema cultural e histórico milenar, qual seja: a não paternidade.

A não paternidade sempre foi um obstáculo intransponível no Brasil. Dados do IBGE, de 1993 a 2003, revelam que cerca de 20 a 30% das crianças registradas no país não tinham pai declarado. Crianças estas que precisam do reconhecimento legal, do apoio emocional e afetivo e do suporte financeiro de seus pais, ou mesmo que nada disso seja pleiteado ou disponibilizado, são crianças que possuem um direito fundamental de saber sua origem genética, sua verdadeira filiação, a qual não pode ser extraída de simples presunções ou máximas de experiência, ainda mais quando se possui um meio seguro de se atestar tal fato.

A dúvida quanto à paternidade é antiga como a história da humanidade. Afinal, a concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas, como em outros fatos jurídicos. Daí o dito popular: “Os filhos de minhas filhas, meus netos são; os filhos dos meus filhos, serão ou não? Muitos casamentos já foram e são desgastados pela “síndrome de Capitu”, assim chamada em alusão ao famoso romance *Dom Casmurro*, de Machado de Assis. Na narrativa, Bentinho, casado com Capitu, é atormentado pela dúvida de ser ou não pai de Ezequiel, que se parece muito com Escobar, amigo do casal. No final, corroído pelas incertezas, Bentinho se separa da esposa e do filho.

A grande demanda pelos testes de paternidade em DNA, desde a sua introdução no Brasil, em 1988, ilustra o grande número de suspeitas similares existentes. Nos dias atuais, a dúvida de Bentinho poderia ser resolvida rapidamente, através de um exame de DNA.

A segurança da paternidade biológica (ou a prova da não paternidade) que a genética moderna possibilita desde a descoberta de Alec Jeffreys, tem se mostrado muito favorável ao desenvolvimento da paternidade responsável. Esclarecendo-se cientificamente e de forma segura, situações de incerteza que no passado desgastavam relacionamentos pela eterna incerteza.

Os laudos conclusivos dos exames em DNA formam uma base sólida para a aceitação das responsabilidades social, psicológica e financeira por parte do genitor e para a satisfação do direito ao reconhecimento da origem genética por parte da prole. Por estes fatos a determinação e a precisão de paternidade pelo DNA alavancaram no Brasil uma verdadeira revolução judicial e social. Tal método agilizou a solução de dezenas de milhares de casos judiciais e, paralelamente, permitiu a solução de dúvidas de paternidade na esfera extrajudicial, dentro do seio das famílias, em total sigilo.

Neste cenário, deve-se salientar que na edição especial de 40 anos da revista *Veja*, publicada no mês de setembro de 2008, a determinação de paternidade pelo DNA foi escolhida como uma das “40 coisas que mudaram sua vida em 40 anos” (VEJA, 2008). A chegada desse método ao Brasil foi considerada o marco principal para 1988, à frente inclusive da promulgação da nova Constituição brasileira no mesmo ano. Pois bem, a descoberta de julho de 1985, do geneticista inglês Alec Jeffreys, de uma técnica laboratorial de estudo simultâneo de múltiplas regiões do DNA, possui realmente o poder de identificar com plenitude de certeza a paternidade e, conseqüentemente, suprir uma lacuna social, jurídico e cultural, sendo, destarte, algo que mudou a vida da sociedade contemporânea.

II.II Da facilidade do exame de DNA

Foi-se o tempo em que descobrir a origem genética era tarefa custosa e difícil. O exame de DNA possibilitou, a um só tempo, a facilidade na busca da verdade genética por um baixo custo, além de trazer níveis de segurança absolutos. Não há mais necessidade de se retirar amostras sanguíneas, muito menos ir a um laboratório especializado. O exame de DNA pode ser feito com simples raspas de bochecha, saliva, fios de cabelo, enfim, sem que a colheita de material lese a integridade física do examinando.

O direito à integridade física tem por objeto a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa humana. Não se admite a agressão física e psicológica, nem se permite a mutilação do próprio corpo, salvo o que é renovável, como se dá com o corte dos cabelos e das unhas e a doação de sangue, ou de transplante de órgãos duplos ou de partes de

órgãos, sem prejuízo das funções vitais. Destarte, considerar que a retirada de simples raspas de bochecha ou fios de cabelo lesa a integridade física do colaborador de material genético não coaduna com o atual estágio de evolução técnica na feitura do exame de DNA.

Ademais, não se faz mais necessária a presença do investigado em laboratórios especializados. Estes possuem serviços sigilosos e personalíssimos, nos quais a colheita do material para exame pode ser feita na própria residência do examinando.

Portanto, de 1985, época da descoberta da técnica, até os dias atuais, o exame foi se aprimorando e conseguindo com que o seu custo e o seu nível de interferência na integridade física humana diminuíssem de forma abrupta. Hoje, consegue-se um resultado seguro, sem nenhuma lesão à incolumidade do examinando, podendo ainda ser feito no conforto do seu lar.

III. SÚMULA 301 DO STJ

III.I Posição do Supremo Tribunal Federal anterior à sua edição

Com a certeza quanto à identidade genética, propiciada pelo exame de DNA, a jurisprudência se viu diante de um impasse, haja vista que o desenvolvimento científico passou a possibilitar, de forma segura, a concretização irrefutável do direito fundamental a origem genética. Entretanto, tal concretude esbarrava em uma série de direitos consagrados ao investigando. Surge, então, um conflito entre os direitos da personalidade dos envolvidos nas ações de investigação de paternidade. De um lado, o direito do filho à sua identidade genética, o qual autoriza a submissão compulsória do pretense genitor ao exame biológico. De outro, contrapondo-se àquele, o direito do indigitado pai à integridade física, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e o direito de não produzir provas contra si mesmo, legitimando sua recusa à feitura da perícia do ácido desoxirribonucléico. Coloca-se, assim, a seguinte indagação: qual dos interesses juridicamente relevantes deve prevalecer? O do filho à sua real identidade genética ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física, intimidade, vida privada, honra, imagem e o direito de não produzir provas contra si mesmo?

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 10 de novembro de 1994, no HC 71.373-4/RS, enfrentou a contraposição de direitos, fazendo prevalecer às prerrogativas do suposto genitor, em detrimento do direito do filho ao conhecimento de sua ascendência biológica. Cassando, sobremaneira, a determinação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de que o pretense pai fosse conduzido ao laboratório médico, coercitivamente, para a coleta de material sanguíneo para perícia hematológica de DNA, conforme requerimento do filho, sob a justificativa de que:

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa revolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (BRASIL, 1996).⁴

Deve-se salientar que a decisão proferida pelo STF não resultou de votação unânime. Diversamente, foi marcada por acalorada discussão, refletindo no surgimento de duas

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1996.

vertentes contrapostas. Uma delas, adotada pelos votos vencedores⁵, estabeleceu a prevalência dos direitos da personalidade do pretense pai em relação ao do filho, autorizando a recusa legítima daquele à realização compulsória do exame de DNA, como se pode aferir pelo voto do ministro Marco Aurélio:

Princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas corpus - no sentido de o Paciente, réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão - eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial - pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República (...) consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas - inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? (...) É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao juízo competente - ou seja, o da investigação de paternidade - a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu (...). (BRASIL, 1996)⁶

A segunda vertente, adotada pelos votos vencidos⁷, entendeu pela prevalência do direito personalíssimo do filho em relação aos do suposto genitor, determinando a condução forçada do investigado à feitura da perícia hematológica de DNA. Deste segundo posicionamento merecem destaque os argumentos expostos pelo Ministro Francisco Rezek. Convicto de que, com o exame do ácido desoxirribonucléico, pela primeira vez, surge a possibilidade de se substituir a verdade ficta pela verdade real, concretizando, desta maneira, direito fundamental do investigante, ele defendeu que:

A visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, deve ceder espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética. (...) o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante (...). Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. (...) O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público. (...) o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado. (BRASIL, 1996)⁸

⁵ Foram vencedores os votos dos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches e Celso de Mello

⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1996

⁷ Foram vencidos os votos dos Ministros Francisco Rezek (relator), Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1996.

A divergência nos posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal revela a sensibilidade da matéria em questão, a qual também não apresenta uniformidade de tratamento no direito comparado, como será demonstrado a seguir.

III.II Direito Comparado

A essência do Direito Comparado é a comparação, e a asserção não é tautológica. Percepções de qualidade podem sugerir que se indiquem direitos melhores ou piores. Os direitos são tão somente diferentes. O estudioso do Direito Comparado deve estar preparado para a armadilha que a disciplina lhe põe a todo o momento. O exercício da comparação não se fundamenta, necessariamente, em orientação que exija montagem de planisfério qualitativo. Em princípio, direitos não são melhores nem piores, mais ou menos avançados, mais ou menos iluminados. Os direitos são diversos. Cada qual adequado às peculiaridades da sociedade que visa reger; destarte, a análise do Direito Comparado não se serve para apontar um regramento pior, ou melhor, do que o interno, mas, sim, para auxiliar no amadurecimento e evolução do direito nacional, a partir de uma ótica equidistante. Passemos à análise da questão em ordenamentos estrangeiros.

Países como Bélgica, Canadá, Espanha, França e Itália não admitem a condução coercitiva para o exame de DNA, em respeito ao princípio da inviolabilidade do corpo humano, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. De outro giro, Suíça e Áustria exigem que tal perícia seja efetuada com ou sem o consentimento do investigado, no intuito de efetivar o direito do filho à elucidação da verdade biológica. Nessa mesma linha segue o direito Alemão, o qual encerra a obrigatoriedade de toda pessoa, parte processual ou não, à submissão aos exames biológicos, independentemente de consentimento, por intermédio de multas, prisão e até por execução *manu militari*. Deste modo, nesses países, as provas científicas são tidas como determinantes, e a compulsoriedade decorre de lei, não podendo o investigado furtar-se de produzi-las, como apregoa Assumpção (2004, p.158). Como se depreende, a jurisprudência estrangeira também não é uníssona quando o assunto é condução coercitiva para realização de exame apto a identificar a origem genética; logo, o terreno é fértil para aprofundamentos e discussões.

III.III Posição do Superior Tribunal de Justiça anterior à edição da súmula

É de crucial relevância enaltecer que antes de sumular o entendimento que hoje vigora pacificamente, o STJ demonstrou coragem em enfrentar a posição consolidada no âmbito do STF e, de certo modo, deu a entender que a certeza que o exame de DNA propiciaria ao desvendamento da origem genética deveria prevalecer sobre os direitos do investigando.

Exemplo contundente de tal fato se encontra em uma decisão prolatada em 1988, por unanimidade de votos, tendo como relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, da seguinte lavra: “na fase atual do direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.”⁹ Destarte, o STJ, em uma ação de investigação de paternidade, entendeu por bem fazer uso pleno das benesses do exame de DNA para concretizar o direito fundamental ao conhecimento da verdade genética por parte do filho (investigante).

Entretanto, o STJ não teve força política e jurisdicional para manter posicionamento diverso do STF, mormente em se tratando de um terreno tão sensível que tocara em direitos fundamentais elencados na Constituição Federal. Seria muito difícil para o Superior Tribunal de Justiça interpretar a Carta Magna de forma diversa do órgão máximo da jurisdição nacional, principalmente quando é papel deste exercer a exegese constitucional.

Com o passar do tempo o STJ foi se adequando à orientação formada no Pleno do STF, até culminar na edição da Súmula 301. A discussão quanto à condução coercitiva fora posta de lado prematuramente, tão logo fora proferida a decisão no STF¹⁰; desta maneira, os Tribunais passaram a procurar alternativas para solucionar o impasse.

Um dos exemplos clássicos que serviram de fundamento para elaboração da súmula, foi do relator Antonio de Pádua Ribeiro, em um recuso especial do Amazonas. No recurso o pai se recusara, por inacreditáveis dez vezes, a atender o chamado do juízo de primeiro grau para fazer o teste de DNA, fato que se prolongou por mais de quatro anos. Quando o processo chegou ao STJ, via recurso especial, o tribunal entendeu que a recusa em atender o chamado da justiça, aliada à comprovação do relacionamento sexual do investigado com a mãe do menor (investigante), teria o condão de gerar “presunção de veracidade das alegações postas no processo”¹¹.

⁹ Recurso Especial de número: 140.665-MG.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1996.

¹¹ Recurso Especial de número: 141.689/MG.

Posto isto, o egrégio Superior Tribunal de Justiça passou a decidir de forma semelhante nos demais recursos interpostos em seu âmbito, os quais também serviram de sustentação para edição da Súmula 301 do STJ, podendo destacar os Recursos Especiais de números 256.161/DF, 460.302/PR, 135.361/MG, 55.958/RS, 409.284/PR e 460.302/PR. Todos ventilavam o impasse ou tensão gerada entre a certeza no que tange à identidade genética, propiciada pela segurança do teste de DNA, e a recusa do investigando em se submeter ao exame.

No RESP 55.958-RS diz-se (ementa) que as decisões locais encontraram fundamento "em caudaloso conjunto probatório" e que a recusa ao exame de DNA induz presunção que milita contra a irresignação do investigando. No RESP 135.361-MG constata-se que há "elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado". No RESP 141.689-AM foi decisivo para o julgamento favorável à investigação da paternidade o fato de o investigando ter recusado o exame por mais de dez vezes, pois seu relacionamento com a mãe do investigante foi ocasional, inexistindo outras provas indiciárias. No RESP 256.161-DF invocou-se o "princípio da garantia da paternidade responsável" para fazer valer a presunção (maioria da Terceira Turma do STJ). Note-se que os votos vencidos, inclusive do relator originário, chamaram a atenção para o fato de que "não há provas de que a mãe da autora e o réu tenham mantido relações sexuais" e que o Tribunal só tem admito a "presunção negativa de realização do exame de DNA apenas quando as provas complementares do processo são no sentido da paternidade". No RESP 409.284-PR a Quarta Turma do STJ por unanimidade reconhece que "tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos". Essa advertência bem demonstra o risco que a orientação simplista extraída do enunciado da súmula pode levar. Finalmente, o RESP 460.302-PR expande perigosamente o alcance dessa orientação, pois resultou em negativa da paternidade socioafetiva existente, para atingir fins meramente econômicos. Tratou-se de ação negatória de paternidade proposta pela viúva e filhos do autor da herança contra menor impúbere filho registral deste com outra mulher, sob a alegação de não ser filho biológico, com o fito de determinar "a exclusão da certidão de nascimento do nome ali constante como pai, dos avós paternos e apelidos de família". Essa violação à paternidade socioafetiva declarada pelo pai falecido junto ao registro público foi perpetrada sob argumento de constituir presunção desfavorável "à recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA".

Uma vez elaborado o teor da súmula, os tribunais pátrios passaram a aplicá-la sem maiores discussões, até que o legislador resolveu positivar a orientação geral, através da Lei 12.004/09, que tão somente transformou uma presunção judicial em presunção legal, como defende o eminente doutrinador Nelson Rosenvald (2008, p.639). Não é demais repetir que o escopo do presente trabalho é desconstituir o gérmen de toda problemática quando o assunto é recusa ao exame de DNA. Desta maneira, os esforços serão concentrados contra a orientação sumulada, haja vista que fora ela o cerne da questão.

III.IV Teor da súmula

Na prática, antes da edição da súmula, as interpretações judiciais da recusa à realização da perícia de DNA pelo suposto genitor eram as mais variadas. Segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis (2003-2004, p.592), havia três correntes a respeito.

Para alguns, a recusa constituía confissão¹² de paternidade, sob o fundamento de que quando a parte se opõe à perícia furta-se a um resultado desfavorável, equivalendo tal conduta a uma verdadeira confissão.

Outros magistrados encaravam a negativa do investigado como uma forma de presunção de paternidade invocada, pois, se o indigitado não era o genitor, não existia motivo para temer qualquer tipo de exame, o que permitia concluir que seu intento era ocultar a verdade, na medida em que as regras de experiência apontam que o exame técnico, especificamente o DNA, só favorece quem verdadeiramente não é pai natural. Por fim, uma terceira corrente, a qual considerava a rejeição ao exame como um indício¹³ da paternidade.

Com o advento da Súmula 301 do STJ, a segunda corrente passou a prevalecer, atribuindo-se à negativa do investigado o efeito de presunção de paternidade, porém,

¹² A confissão é uma das espécies de prova contemplada no Código de Processo Civil, nos artigos 348 a 354. Segundo definição de José Frederico Marques, consiste no "reconhecimento que uma parte faz da veracidade de um ou mais fatos que lhe são desfavoráveis e foram afirmados pela parte contrária". Por isso, constitui-se em prova fortíssima, mas não a ponto de vincular legalmente o magistrado por seu conteúdo. Daí a assertiva de ser a confissão destituída da qualidade de prova plena, isto é, absoluta. Ademais, não se pode confundir-la com o reconhecimento jurídico do pedido (artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil). Tratam-se de dois institutos díspares, cujas principais diferenças são assim traçadas por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: a) a confissão é meio de prova, apta a levar o julgador a formar opinião sobre o que está para seu julgamento. Diversamente, o reconhecimento tem como consequência a extinção do processo com julgamento do mérito, não se caracterizando como meio probante; b) a confissão tem por objeto os fatos capazes, eventualmente, de dar procedência ao pedido da parte contrária. Já o reconhecimento tem como objeto o próprio direito pleiteado pelo autor; c) a confissão de um fato nem sempre produz, contra o confitente, a perda da demanda. Ao revés, o reconhecimento induz sempre a procedência do pedido em favor do autor; e d) a confissão pode ser efetuada por qualquer das partes, enquanto que o reconhecimento é ato privativo do réu. Cf. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Millennium, 1999, ps. 392 e 393; e Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 735.

¹³ A presunção, na lição de Humberto Theodoro Junior, "é a consequência ou ilação que se tira de um fato conhecido (provado) para deduzir a existência de outro, não conhecido, mas que se quer provar", ou ainda, a consequência que resulta dos constantes efeitos de um fato conhecido. A consequência (ilação) é a presunção. O fato conhecido, o indício. Percebe-se, então, que o indício é o ponto de partida do raciocínio indutivo, por meio do qual se estabelece a presunção.

presunção esta relativa, haja vista que deve ser cotejada com outros elementos probatórios constante dos autos. Logo, a recusa “não significaria tudo, mas também não significaria nada”. Ora, se a presunção em tela admite prova que lhe seja contrária, é evidente sua natureza *iuris tantum*. Destarte, em virtude do relativismo da *praesumptio legis* de paternidade, o julgador não está obrigado a considerar a recusa como forma de suprir a ausência da perícia de DNA, ou seja, como presunção inarredável sobre a paternidade que se pretende declarar. Assim sendo, a recusa do investigando acaba servindo como mais um elemento de prova a auxiliar o juiz na sua convicção, em sede de ação de investigação de paternidade, devendo ser analisada em cotejo com as demais provas coligidas aos autos, haja vista a impossibilidade de, por si só, arrimar a declaração de paternidade por presunção, pois que despida de caráter absoluto.

Deve-se observar que a discussão, que antes se acalorava diante do conflito de direitos fundamentais das partes litigantes foi superada, sem nem mesmo ser enfrentada. Simplesmente passou-se por cima de questões profundas e decidiu-se tratar o assunto a partir de regras de distribuição de ônus probatório. Deixou-se de lado a evolução social e jurídica que poderia se concretizar com um debate benéfico do assunto pelos tribunais e, em uma atitude omissiva dos nossos tribunais e legislador, decidiu-se que tudo se resolveria com presunção.

Em defesa ao investigando tutelam-se todos os seus direitos fundamentais, quais sejam, direito a intimidade, integridade física, honra, não produção de prova contra si mesmo, dentre outros consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Já em defesa do investigador lhe ofertou uma presunção relativa, tão somente relativa, que nem mesmo se absoluta fosse concretizaria o seu direito fundamental, qual seja: a verdade quanto à sua origem genética.

Neste cabo de guerra entre investigador e investigando, não há dúvidas que o segundo levou tudo, e, por falta de coragem de enfrentar o tema, o investigador foi agraciado com um nada, ou melhor, com uma presunção relativa de paternidade. Sem se descurar que o sistema de presunções é mais antigo do que a nossa própria civilização, marcado predominantemente, pela ampla possibilidade de erro e injustiças, como propugna o civilista Nelson Rosenvald (2008, p.567).

IV. DESCONSTRUÍDO A SÚMULA 301 DO STJ

IV.I Litisconsórcio passivo em ação investigatória de paternidade

Pois bem, a súmula 301 do STJ e a legislação que a reproduziu vêm sendo aplicadas pelos tribunais como solução incontestável a todos os litígios apreciados, sem que esses usem em aprofundar questões relevantes do ponto de vista constitucional, sobremaneira agora, que o entendimento é lei.

Para desconstruir tal súmula fora falseado um caso hipotético pelo autor, que apesar de ser pautado em uma ficção construída pelo método hipotético-dedutivo, pode ser, nos dias atuais, perfeitamente levados a juízo para que o magistrado sobre ele delibere. O intento é, primeiro, derrubar a orientação firmada pela jurisprudência e acompanhada pelo legislativo para, uma vez logrado êxito, demonstrar como as premissas e fundamentos da orientação são falaciosos. Ademais, demonstrar que a forma como ela vem sendo aplicada ocasiona um enorme déficit na concretude de direitos fundamentais.

Pois bem, imaginemos que Maria (genitora), fosse frequentadora assídua de um “baile funk” organizado semanalmente na comunidade onde vive. Neste ambiente de confraternização adota-se o costume de manter relações sexuais com vários parceiros na mesma noite, costume este que goza de verossimilhança com diversas notícias¹⁴ relatadas em meios de comunicação de respeito. Os parceiros são ocasionais e toda relação se inicia e finda tão somente no ambiente de confraternização, sem que haja menor contato emocional posterior. Maria, que só possuía relacionamentos nestes locais, dado o seu repúdio a relacionamentos emocionais e o seu fascínio por relações carnais, por descuido, engravidou. Nove meses depois nasce sua prole, de nome “Presunção”, registrada tão somente no nome da genitora.

Com o intuito de concretizar direito fundamental de ter reconhecida sua origem genética e todos os consectários legais desta, “Presunção”, representada por Maria (genitora), propõe ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos em face de José, João, Pedro e Paulo, a um só tempo. O magistrado defere a citação de todos os réus em litisconsórcio passivo; os mesmos afirmam que mantiveram constantes relações sexuais com a

¹⁴ Jornal 24 horas: <http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=383276>;
Jornal Globo <http://g1.globo.com/profissaoreporter/noticia/2011/07/busca-pelo-prazer-imediato-move-comportamento-sexual-do-brasileiro.html>; acesso em 08 de novembro de 2011.

genitora no período referente à concepção, porém, negam a qualidade de pai, bem como a colaboração para o exame de DNA. Diante da recusa a colaboração para com o exame de DNA, aliada a indícios probatórios contra os réus, como decidirá o magistrado? Como proceder o magistrado, possuindo o mesmo grau de indícios e elementos probatórios contra todos os réus? Presumirá ele a paternidade de todos e ordenará anotação de todos os supostos pais no registro? Desprezará os elementos probatórios existentes contra os réus e a recusa dos mesmos, extinguindo a ação sem resolução de mérito em detrimento da investigante “Presunção”? Qualquer resposta precipitada pode retirar todo o brilho da construção da hipótese fática; logo, deve-se proceder a uma análise pontual de cada elemento da situação hipotética, atentando-se para o fato de que mesmo não sendo situação corriqueira em nossos tribunais, a sua elucidação pode fixar parâmetros importantes para questões mais simples. Simples em sua estrutura, porém com a mesma essência metodológica da hipótese proposta.

Primeiramente, deve-se salientar que não existe nenhum óbice à propositura de uma mesma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em face de mais de um réu, formando um litisconsórcio passivo, principalmente pelo fato de garantir celeridade e economia processual no tange a concretizar direitos fundamentais do investigante. Maria Berenice Dias já defende tal possibilidade há algum tempo na doutrina.

Não dispondo o filho de certeza de quem é seu pai, até por sua genitora ter mantido contatos sexuais com mais de uma pessoa durante o período de sua concepção, tal não inibe o uso da demanda investigatória, sendo possível que a ação seja movida contra mais de um réu, formando um litisconsórcio passivo alternativo eventual. (DIAS, 2007, p.364)

Ademais, às custas processuais, bem como a morosidade procedimental, impõe que seja aceita demanda nestes moldes, mormente em nome do princípio da adequação do processo ao direito material discutido, como defende o processualista Fred Didier (2009, p.40).

Em segundo lugar, observa-se que cotejando a recusa injustificada dos supostos pais a colaborarem para com o exame de DNA, com os indícios de paternidade que pesam contra eles nos autos do processo, o magistrado não conseguirá tomar decisão alguma. Não se pode julgar improcedente a demanda, já que os elementos probatórios e a presunção convergem para a procedência da demanda. Todavia, os elementos probatórios que pesam contra cada réu possuem a mesma força probante, não se podendo presumir que um é mais pai que o outro, muito menos que todos são pai de “Presunção”, por razões óbvias.

Observa-se que o magistrado, no caso proposto, está diante de um conflito de interesses, no qual a Súmula 301 do STJ demonstra-se ineficaz, tolhendo seu poder de decisão e, principalmente, o dever de conferir concretude a direitos subjetivos fundamentais.

Evidencia-se que, no caso em tela, os direitos dos investigados permaneceram incólumes, enquanto os direitos do investigante estão prestes a ser dilacerados, nem mesmo sua homônima presunção o auxiliou no sentido de concretizar seus direitos fundamentais. A explicação para tal fato é singela, porém, só diante de uma “situação crise” foi possível encontrá-la, qual seja: as premissas e fundamentos que levaram à edição da Súmula 301 do STJ, bem como da legislação proveniente, são falaciosas, arenosas. O caso apresentado pode ser esdrúxulo para muitos, contudo, um ponto é incontestável, ele foi capaz de fazer ruir a orientação consolidada em nossa jurisprudência pátria. Não se está a dizer que o Direito Comparado é melhor ou pior, mas simplesmente que nosso direito interno é ineficaz.

Ineficaz na medida em que confere tutela deficitária aos direitos fundamentais, haja vista que se utiliza de técnica ultrapassada, secundária, qual seja presunção¹⁵, mecanismo inútil e inadequado à tutela de direitos fundamentais. O único aspecto com que se preocupou foi com a tutela patrimonial da prole, deixando de lado o núcleo essencial do direito fundamental em questão, que é a tutela moral do investigante.

Como salientou o Ministro Ilmar Galvão, em voto proferido por ocasião do julgamento do HC 71.373-4/RS, “*Não se busca, com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho*”¹⁶.

O que se pretende afirmar é que o estado de filiação não pode ser atribuído com fundamento numa paternidade presumida, tendo-se em vista que o direito à origem genética, que dá embasamento a esse estado, tem como núcleo essencial, como bem elucidada o eminente doutrinador Gilmar Mendes (2005), a verdade real (e não presumida) da ascendência biológica, cujo alcance é hoje facilmente alcançado pelo exame de DNA.

Em síntese, se por um lado a presunção legal de paternidade atendeu à necessidade patrimonial de se regulamentar em norma positivada a colisão de direitos do filho e do seu suposto genitor, por outro, revelou-se inapta a efetivar o direito moral do investigante à sua identidade genética, visto que é absurda a idéia de ser filho por presunção, mormente quando

¹⁵ Em direito, presunção são consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1996.

a ciência moderna permite o estabelecimento do vínculo paterno-filial com um grau de certeza quase absoluta, tornando obsoleta a adstrição da determinação da ascendência biológica a um jogo de presunções.

A bem da verdade, a Súmula 301 do STJ e a legislação superveniente estabeleceram, *a priori*, a prevalência dos direitos fundamentais do investigando, em detrimento dos direitos fundamentais do investigador. Destarte, patenteou-se uma hierarquia, em abstrato, de direitos fundamentais que deveriam ser igualmente protegidos. Uma pergunta surge desta conclusão: por que os tribunais e o legislador agiram desta maneira? Ao que parece, por temer enfrentar o cerne da questão, já que talvez não estivéssemos, ainda, preparados cultural, jurídica e socialmente para uma condução coercitiva ao exame de DNA, nos moldes do direito alemão¹⁷.

Uma vez provada à ineficácia do tratamento dado ao problema de investigação de paternidade no Brasil, passemos a análise dos direitos em conflito.

IV.II Direitos fundamentais do investigado

À luz da classificação da lavra de Luciano Sampaio Gomes, no que se refere ao conflito dos direitos da personalidade do filho e de seu suposto pai, nas ações de investigação de paternidade, é possível reconhecer um caso de colisão excludente, conforme o jurista Luciano Sampaio Gomes Rolim (2002). Assim o é porque o exercício do direito do investigando à sua integridade física, intimidade, vida privada, honra, imagem e a não produção de provas contra si mesmo, nos moldes propostos pela Súmula 301 do STJ, exclui integralmente a realização do direito do investigador à sua origem genética.

O direito à integridade física é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e decorrência inconteste dos direitos da personalidade. Sob o âmbito constitucional, podemos notar que a Constituição Federal brasileira, em momento algum, preceitua expressamente garantindo/protegendo a integridade corporal. Mas isto se resolve pelo art. 5.º, § 2.º da Constituição, ao rezar que: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

As convenções internacionais de que o Brasil seja parte, passam a ser fonte de direitos individuais e coletivos. O art. 5, § 2.º da Constituição Federal estabelece que a Constituição,

¹⁷ V. Curso de Direito Civil Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5º, p. 472; e O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 783, ano 90, jan. 2000, p. 82. Cf., também, ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. Aspectos da paternidade no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 158 e 159.

ao enumerar os direitos fundamentais, não teve a preocupação de ser taxativa, admitindo direitos implícitos decorrentes de outros princípios e direitos expressos¹⁸. O Pacto de São José da Costa Rica estabelece, em seu art. 5.º, o direito à integridade pessoal, em que toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Deste modo, do presente diploma, complementando a Constituição, por força do art. 5.º, § 2.º, assegura de modo explícito a efetiva proteção/garantia da integridade corporal.

Entretanto, tal direito à incolumidade física, bem como os demais direitos fundamentais, é um direito relativo, podendo sofrer limitações no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de cirurgia de transgenitalização¹⁹, nos quais a saúde psíquica do indivíduo se sobrepõe à sua integridade física. Atente-se que, no caso da cirurgia para mudança de sexo, mesmo estando diante de um sacrifício corporal relevante e permanente, admite-se a diminuição corpórea, no afã de concretizar direitos fundamentais, também oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, de maior relevância no caso em tela.

No que tange ao direito à integridade física do pretense genitor, ressalta-se que sua submissão ao exame de DNA não demanda sacrifícios corpóreos consideráveis, legítimos a respaldar uma recusa fundada na alegação de que a parte deve ter respeitada sua incolumidade corporal. Isso porque a retirada de singelos fios de cabelo, ou mesmo, de algumas células da mucosa bucal, são procedimentos não susceptíveis de gerar sofrimento físico ou psíquico relevante.

Alegar direito a integridade física poderia ser uma defesa idônea no sentido de afastar a obrigatoriedade de colaboração por parte do investigado em um passado distante, no qual a retirada de material, no caso sangue, realmente expunha o investigado a um constrangimento e certo risco na coleta. Mesmo nestes casos, não era possível falar em uma diminuição corpórea permanente ou lesiva, quiçá atualmente, em que simples raspas de bochecha ou fios renováveis diariamente de cabelos podem resolver a questão. Destarte, alegar direito à integridade física em ação de paternidade é um verdadeiro contrassenso, para não dizer abuso de direito.

O princípio da proibição do abuso do direito revela a passagem da concepção individualista do direito subjetivo, de absoluta soberania privada a uma concepção socializante (ou relativista) do mesmo²⁰. Esta ruptura com o paradigma existente se deu pelo

¹⁸ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Residente dos.. Direito constitucional: teoria e jurisprudência e 1000 questões. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 112

¹⁹ STJ, Informativo 415, REsp 737.993-MG, j.10/11/2009

²⁰ V., O. Gomes, Introdução, cit., p. 114. A sugestiva expressão “abuso de direito” é devida ao jurista belga Laurent e foi criada para designar uma série de casos, a partir de 1853, em que os tribunais franceses, reconhecendo embora a excelência do direito do réu, vieram a considerá-lo irregular em vista do seu exercício.

reconhecimento do aspecto funcional do direito tão importante, quanto o seu aspecto estrutural. O direito subjetivo não pode ser considerado tão somente pelo conteúdo definido pelo legislador, até porque este não possui o poder de antecipar todas as possibilidades fáticas possíveis, mas principalmente pelas circunstâncias de seu exercício. Logo, abusivo é o ato exercido contra a finalidade do direito, o seu espírito e a sua função social²¹.

O abuso de direito mantém íntima relação com o princípio da socialidade, como bem salienta o doutrinador Flávio Tartuce (2011, p.398), já que o artigo 187²² do Código Civil faz referência ao fim social do instituto jurídico violado, bem como interage com o princípio da eticidade. Para Nelson Nery Jr. (2003, p.255) trata-se de verdadeiro exercício irregular de direito, cujo exercício se encontra destoante dos fins esperados e tutelados pelo ordenamento jurídico. A extração de uma amostra de alguns fios de cabelo, ou mesmo, de algumas células da mucosa bucal, são procedimentos indolores, incapazes de causar sofrimento físico considerável. A recusa à colaboração para com o exame, não é, de forma alguma, condizente com os fins sociais e jurídicos do direito à integridade física. O direito não tutela direitos pelo simples fato de tutelar, mas para que sejam usados de maneira regular e para que alcance os fins éticos, probos, sociais pelos quais foram instituídos. Assim, abusa do seu direito a integridade física o investigando que, exercitando tal direito subjetivo, embora sem contrariar qualquer dever normativo, afasta-se do interesse (valor) que constitui a razão de ser da tutela legislativa. Desta maneira, o exercício de um direito não encontra apenas limites legislativamente impostos, mas também pelos valores que o norteiam.

O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, cujo exercício, contudo, se revela abusivo se servir de escusa para eximir comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente a responsabilidade oriunda da relação de paternidade. A obrigatoriedade do exame de DNA é providência necessária e legítima, a ser adotada pelo magistrado no intuito de impedir que exercício de direito contrário aos seus fins prejudique o reconhecimento da filiação, direito consectário da dignidade da pessoa em desenvolvimento, que é, a um só tempo, público e individual.

Já no que concerne ao direito do investigado à intimidade e à vida privada, deve-se ter ciência que os bens jurídicos por ele tutelados não sofrem violação em razão da submissão do investigado à feitura do teste de DNA. O resultado deste, realizado em ação de investigação de paternidade fica, em virtude de mandamento constitucional (artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal c.c. o artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente), resguardado

²¹ Tal é a formulação de L.Josserand, De l' esprit des droits ET de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droits, Paris, Dalloz, 1927.

²² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

de outros usos indevidos e abusivos, pelo do segredo de justiça. Destarte, o direito em comento não se mostra argumento apto a embasar uma recusa justa ao exame.

Quanto aos demais direitos da personalidade invocados pelo investigado, quais sejam, à honra, à imagem e à liberdade, ainda que se considere que a submissão coercitiva do suposto genitor ao teste de DNA viole tais direitos, não se pode olvidar que os mesmos devem ser relativizados, principalmente, para a consecução de um interesse público, sob pena de seu exercício tornar-se abusivo. Deste modo, enquanto os direitos do investigado têm natureza privada, revelando direitos subjetivos da personalidade, o direito do filho à sua origem genética, fundamento do reconhecimento do estado de filiação, é, a um só tempo, interesse individual e público. Logo, estabelecendo-se uma hierarquia no caso concreto, através do crivo da proporcionalidade ou razoabilidade, o interesse público deve se sobrepor ao privado, como também defende Assumpção (2004, p.171).

Ademais, o próprio direito à liberdade do investigado por vezes é restringido prévia e abstratamente pelo nosso ordenamento em face de direitos fundamentais da prole. É o que ocorre no caso do devedor de alimentos, o qual pode ter restringida sua liberdade em face de um direito fundamental da prole. Atente-se que tal direito aos alimentos, embora seja indisponível e fundamental, pode ser satisfeito por qualquer pessoa, já que na realidade fática perfaz um montante pecuniário que é dado pelo pai ao filho. Já o direito fundamental a origem genética e todos os seus consectários biológicos, preventivos, psíquicos e sociais, diversamente dos alimentos, só podem ser garantidos por um único indivíduo, qual seja: o investigado. Ora, se para garantir um direito revestido de pecúnia pode-se restringir a liberdade, com mais razão deveria afastar o mesmo direito do investigado para garantir uma situação existencial fundamental da prole.

Portanto, o emprego do princípio da proporcionalidade como método de solução à colisão dos direitos do filho e do investigado, nas demandas de investigação de paternidade, nos remete à prevalência do direito do investigante, em detrimento dos direitos do investigado, tendo-se como fundamento a conotação pública daquele.

Por fim, resta analisar o princípio da não Autoincriminação, da vedação de provas contra si mesmo, ou ainda “*Nemo tenetur se detegere*”. Talvez seja tal direito a defesa mais descabida, para não dizer desesperada por parte do investigado, daquelas que se lança mão no findar das luzes, quando nenhum mais argumento lhe resta.

Operadores do direito não podem ser descompromissados com a técnica jurídica, mormente no que concerne a conceitos e definições. É certo que direitos fundamentais permitem uma interpretação elástica devido ao seu alto grau de abstração e baixa densidade

normativa. Entretanto, tais características podem se voltar contra o intérprete quando não se tem o devido cuidado. A abstração e amplitude dos direitos fundamentais os submetem a uma dialética ruinosa; se por um lado permitem interpretações extensivas e históricas variadas, por outro podem se descurar para uma casuística imensurável, além de descambar para um verdadeiro esvaziamento de sentido provocado por ampliações descompromissadas com a técnica jurídica.

O direito ou princípio é direito fundamental do cidadão, mais especificamente, do acusado. Neste sentido, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.

Em decorrência de tal explanação, transpor tal princípio para seara do Direito de Família tem o condão de, a um só tempo, esvaziar o seu verdadeiro sentido e estimular uma casuística²³ desmesurada, além de privilegiar o abuso do direito de defesa. Ademais, a produção probatória oriunda do teste de DNA, por mais que o pretense pai não concorde, trata-se de prova produzida a seu favor e não contra si mesmo. Ora, não há nada mais nobre que descobrir uma prole, descobrir no semelhante a mesma origem genética que, mesmo que a prática nos revele o contrário, ligam as pessoas umas as outras até o findar de suas vidas.

Portanto, aqui também se tem uma visão deturpada da investigação de paternidade, na medida em que estabelece uma ótica patrimonialista, em detrimento do fim nobre de se revelar a verdade genética. O pretense pai assume postura inerte quanto à colaboração da perícia, já que entende estar produzindo provas contra si, quando, na realidade, está produzindo provas a favor do estado de filiação, a favor do vínculo indissociável e perpétuo de paternidade, o qual, em um momento futuro pode lhe garantir relevantes benefícios, quais sejam, carinho, afeto, ou, para aqueles que ainda enxergam tão ação sob um viés individualista, pensão alimentícia e até doação de órgãos.

Passemos a análise dos direitos fundamentais do investigante.

²³ Casuística é um termo usado para denotar raciocínios morais desviantes construídos para justificar ações que são moralmente duvidosas. É um conceito que tem origem no século XVII, muito usado pelos jesuítas confessores de pessoas com muito prestígio. Recorriam a este estratagema para se referirem à falta de escrúpulos morais e religiosos. Consta de muitos textos jesuíticos para abordar a suposta falta de rigor moral, o que acabou por merecer a crítica dos seus opositores, sobretudo dos jansenistas. O mais famoso ataque foi o de Pascal. Em contextos religiosos, a teoria da casuística é conhecida como teologia moral. Entra nos casos de conflito entre deveres de consciência, deveres morais, e deveres religiosos. (Dicionário de Filosofia coordenado por Thomas Mautner. Edições 70, 2010).

IV.III Direitos Fundamentais do Investigante

A Constituição Federal de 1988 elencou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tal princípio jurídico tem o escopo de proteger a pessoa humana na sua própria essência, elevando-a, a um só tempo, como fundamento e fim máximo da sociedade, como defende com maestria a doutrinadora Selma Rodrigues Petterle (2007, p.109).

Cumprе salientar que o catálogo de direitos fundamentais constante na Carta Magna não é exaustivo, havendo possibilidade de identificar e construir outras posições jurídicas fundamentais que não as positivadas, por meio das denominadas cláusulas abertas. Destarte, o ordenamento jurídico apresenta-se, assim, não como um sistema fechado de regras que têm a pretensão da plenitude legislativa, mas como um sistema aberto de princípios e regras, constituindo a sua positivação um processo no qual intervêm o legislador, o juiz e o aplicador do direito. É justamente a partir desta abertura outorgada pelo legislador constituinte ao intérprete que podemos extrair outros direitos fundamentais da Carta Magna, os quais, embora não descritos de forma expressa, possuem igual relevância àqueles catalogados e, conseqüentemente, carecem da mesma proteção no ordenamento jurídico.

O direito fundamental à identidade genética é um dos direitos a ser haurido do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, podendo ser conceituado a partir de três acepções distintas, quais sejam: a primeira corresponde ao genoma de cada ser humano, sendo considerada como fundamento biológico, pertinente a cada um; a segunda utiliza o termo para designar características genéticas entre dois ou mais indivíduos; a terceira compreende a identidade genética como base fundamental da identidade pessoal. Nesta última acepção, tem-se que o direito à origem genética é o direito do ser concebido ter conhecimento integral da sua ascendência biológica, como decorrência da inviolabilidade de sua integridade moral, sendo ainda, pressuposto essencial e básico para o desenvolvimento da personalidade.²⁴

O direito fundamental ao conhecimento da origem genética está imbricado com outros direitos também oriundos da personalidade jurídica, tais como: direito à identidade pessoal, que, por sua vez, envolve um direito à historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. O direito à historicidade pessoal alcança o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores, isto é, quem foram os responsáveis pela concepção que deu origem ao ser investigante. Enquanto

²⁴ Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008120910531740. Acesso em: 12 nov. 2011

expressão do próprio direito à identidade pessoal, senão mesmo também por exigência decorrente do respeito pela respectiva personalidade, todo o ser humano tem o direito de saber quem são seus pais biológicos (OTERO, 1999), independentemente de existir ou não configurado um vínculo de paternidade afetiva, haja vista que, como será explanado adiante, o conhecimento de uma espécie de paternidade não exclui a existência ou o direito de conhecimento da outra.

Ademais, envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou, mais amplamente, o direito a conhecer o patrimônio genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade. A ciência atual não deixa dúvidas de que a disposição genética pode ser crucial no que concerne a saúde do ser em desenvolvimento, podendo explicar ou até prevenir doenças raras que possuem imbricamento genético. Para tanto, o conhecimento tão somente do patrimônio pessoal genético pode não ser suficiente, visto que genes causadores de doenças graves podem, não raras vezes, ser identificados apenas no genoma dos genitores. Destarte, conhecer a herança genética destes pode ser decisivo para a descoberta de anomalias ou mutações que redundam em doenças graves e de difícil identificação, fazendo com que o conhecimento prévio permita mais eficiente prevenção e tratamento delas e, conseqüentemente, resguardando a integridade física e a vida do investigante. Observa-se, neste ponto, como defender a não condução coercitiva do investigado para colaboração para com o teste de DNA é um contrassenso, haja vista que o acolhimento de tal pleito, além de abusivo, como já demonstrado, pode significar a supressão do direito à integridade física e vida do investigante.

Faz-se necessário enaltecer ainda o papel relevante do conhecimento da origem genética no que tange ao psíquico da prole e o desenvolvimento de sua personalidade. A ciência já provou que a personalidade comportamental do indivíduo é influenciada por sua carga hereditária; desta maneira, o conhecimento do progenitor biológico pode concretizar a aceitação e o entendimento de comportamentos da prole influenciados pelos genes. Não raras vezes nos deparamos com filhos que, apesar de possuírem todo afeto, exemplos de vida e carinho, não conseguem entender ou aceitar comportamentos que lhe são próprios, não são condizentes com a figura do pai afetivo ou mesmo com o único progenitor conhecido, a mãe. Desta monta, a resposta e a aceitação destas condutas podem encontrar amparo justamente na paternidade biológica.

Indubitavelmente, a primeira idéia que nos vem à mente, quando tratamos da personalidade, é a da figura humana. A personalidade, que é a perfeição da pessoa, isto é, a qualidade do ente que se considera pessoa, agrega-se ao homem, conferindo-lhe atributos que lhe são próprios e distinguindo-o dos demais. Na realidade, a par do perfil biológico, é a personalidade que, de um modo geral, atribui à figura humana uma fisionomia única e peculiar. A personalidade incide sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, perfazendo uma irrepetibilidade natural: a nossa identidade pessoal, expressão da individualidade da nossa própria e exclusiva personalidade física e psíquica, somente se manifesta em nós mesmos, como propugna o ilustre doutrinador Paulo Otero (1999, p.65). Assim, a identidade genética da pessoa humana, base biológica da identidade pessoal, é uma dessas manifestações essenciais da complexa personalidade humana (LOUREIRO, 1999, p.293).

Em suma, o direito à identidade genética tem como fundamento a dignidade do ser humano e, por corolário, o seu direito à personalidade e à identidade. Logo, o direito ao conhecimento da origem genética abrange o direito à identidade genética, na toada dos direitos de personalidade, haja vista que, conforme leciona a professora Cláudia Lima Marques (2002, p.31), trata-se de um direito humano de descobrir suas raízes, conhecer seus traços sócio-culturais (tais como as aptidões, talentos, histórias, as doenças mais propensas, a raça, a etnia), direito de jungir-se (seja afetiva, social ou juridicamente) com alguém que lhe deu a bagagem genético-cultural básica. A bagagem genética é hoje parte da identidade de uma pessoa.

Dentre os objetos de tutela do direito ao conhecimento da origem genética está, como já dito, o direito da personalidade, mormente o direito à vida, pois que as atuais pesquisas da área médica apontam para a necessidade de cada indivíduo saber sobre a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção de sua própria vida. Toda pessoa tem direito fundamental de desvendar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e da vida; é justamente o que defende Paulo Lobo (2004, p.525).

Dentre os diversos equívocos da Súmula 301 do STJ, fundados em premissas e fundamentos falaciosos, bem como no tratamento patrimonialista de uma situação puramente existencial, situa-se a confusão entre paternidade socioafetiva e biológica. Ambas não se confundem, possuindo cada qual um escopo protetivo e finalidades distintas. Desta maneira, o direito ao conhecimento da origem genética não significa a desconstituição da paternidade dos pais socioafetivos e vice-versa, isto é, o direito à origem genética não se confunde com o

direito ao estado de filiação, este sim, e tão somente ele, passível de concretização pela súmula em comento, na medida em que pode ser presumido pelas circunstâncias fáticas.

A evolução do conhecimento, somado ao fenômeno da globalização, ao declínio do patriarcalismo e à redivisão sexual do trabalho, ocasionou verdadeira evolução nos conceitos tradicionais da família, principalmente a partir da segunda metade do século passado, valorizando sobremaneira as relações afetivas entre seus membros. Como defende Luiz Edson Fachin (1992, p.15), não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas é a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

O princípio da afetividade se fez presente no modelo familiar constitucional, transparecendo como o valor por excelência que deve imperar nas relações familiares. A isonomia constitucional entre os filhos biológicos derogou a preponderância do vínculo genético sobre o afetivo, corroborado que o que se deseja concretizar em matéria de projeto familiar e social é norteado por um modelo pluralista fundado no afeto, como bem elucida Renata Raupp Gomes (2004, p.352). Passou a existir possibilidade de reconhecimento de paternidade sem correspondente origem biológica, ou seja, reconhecer a paternidade pelas circunstâncias afetivas fáticas independentemente do vínculo genético. O que não exclui o direito de reconhecimento da ascendência biológica, a qual, mesmo quando não propensa a propiciar os mesmos direitos decorrentes da paternidade afetiva, visa concretizar outros direitos fundamentais do investigante. Ambas podem garantir pragmaticamente os mesmos direitos e deveres, porém é inegável que atuam em planos distintos e sob finalidades também diversas.

Cumprido salientar que a verdadeira paternidade não se explica apenas na autoria genética da descendência. Como doutrina Luiz Edson Fachin (1992, p.169), pai é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva; é aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. O pai não é aquele que o espermograma ou a impressão genética identificam como tal. Isso porque a filiação genética é traçada por uma informação obrigatória, enquanto a socioafetiva é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe na via do querer ser filho, a *paternidade se contrói*; não é apenas um dado: ela se faz.

Por isso, o direito à origem genética não se confunde com o direito ao estado de filiação. Este último pode ser haurido ou presumido por anos de convivência, já a origem genética só o DNA pode concretizar, sendo ilógico crer que presunções lograriam o mesmo êxito. Saber quem colaborou com a sua formação bioquímica não possui o condão de constituir, necessariamente, a paternidade nem a posse do estado de filiação. Contudo, propicia a tutela de direitos ao investigante que presunções ou o afeto nunca concretizarão, já que atuam no plano das aparências e não no da realidade.

Talvez neste ponto esteja o maior equívoco do entendimento sumulado, justamente na confusão entre a paternidade socioafetiva e o direito à origem genética. A primeira tem o condão de tutelar direitos subjetivos da prole que poderiam ou não ser protegidos por uma paternidade biológica, já no segundo se tutelam direitos que nunca poderiam ser guarnecidos por um laço afetivo. Logo, apesar da paternidade ter como origem tanto o afeto como, não raras vezes, a origem biológica, o direito à identidade genética só desta pode ser haurido.

V. CONCLUSÃO

As súmulas dos tribunais superiores já há algum tempo revelam sua força, não só no sentido de uniformização das orientações e tendências jurisprudenciais, mas especialmente em um papel novo, qual seja: de condução do legislador no labor de editar leis que acabam confirmando as posições firmadas pelo Judiciário. Tal papel é extremamente benéfico, tendo em conta, principalmente, o ativismo judicial, pelo qual o magistrado deixa de ser mero expectador e prolator do direito e passa a ser construtor do mesmo. Logo, nada mais consentâneo para a harmonia do ordenamento jurídico do que produzir leis que convergem no mesmo sentido do entendimento daqueles que possuem o papel de concretizar o direito. Não se trata de prevalência do Judiciário sobre o Legislativo, nem mesmo de usurpação de poderes por vias oblíquas. O direito é ciência social aplicada, deve ser construído com base nas questões relevantes que estão a ser discutidas no âmbito do Judiciário, mais do que isto, deve ser elaborado atento às evoluções interpretativas feita por este poder, o qual no findar do processo, é quem ditará norma jurídica individualizada.

Entretanto, quando o legislador intenta normatizar conflitos, seguindo os ditames jurisprudências – como fora feito com base na Súmula 301 do STJ - sem que tais enfrentamentos revelem ainda o amadurecimento necessário, poderá ele incorrer em erros e injustiças gravíssimas. Foi o que ocorreu com a reprodução legislativa da referida súmula, a qual representa um retrocesso no tratamento do tema, sem nem mesmo apresentar solução viável para os direitos em conflito. Destarte, o tratamento errôneo, como demonstrado nos capítulos precedentes, dado à recusa a submissão ao exame de DNA, é fruto da reprodução legislativa de uma involução jurisprudencial por parte do Superior Tribunal de Justiça.

A súmula em comento foi editada justamente pelo órgão jurisdicional que, de forma mais profunda e acertada, enfrentou o conflito entre os direitos do investigante e do investigando, qual seja: o Superior Tribunal de Justiça. No recurso especial de número 140.665-MG, o STJ entendeu que a recusa ao exame de DNA pelo investigando não poderia tolher a concretização dos direitos fundamentais do investigante, inclinando-se para uma possível condução coercitiva para elaboração do exame de DNA. Porém, referido Tribunal não teve força política e jurisdicional para manter tal posicionamento, tendo que revê-lo, na medida em que inúmeros habeas corpus foram concedidos pelo STF, de modo a não propugnar pela produção probatória compulsória. A partir da edição do entendimento estampado na Súmula 301-STJ, os magistrados passaram a aplicá-la de forma automática e

irrestrita, como se fosse a panacéia de todos os males envolvendo recusa a submissão ao exame de DNA, sem maiores aprofundamento ou discussões acerca dos direitos envolvidos.

Os casos submetidos aos juízes puderam ser resolvidos por meio de presunções sem se atentar que a proteção era ineficiente, na medida em que não concretizava direitos fundamentais de suma importância da prole (investigante). Talvez fosse necessário um *hard case* ou uma hipótese falseada como a proposta parágrafos acima, para uma reflexão profunda sobre o tema. Reflexão esta que propiciasse desvendar a verdade real encoberta pela verdade formal da presunção sumulada no entendimento do STJ.

A verdade real consubstancia-se no fato de que os direitos em questão, tendo em vista a importância dos mesmos, bem como a natureza jurídica deles, não podem ser concretizados por ilações ou presunções. Já a verdade formal foi aquela que se tentou impor ao investigante, através de uma visão patrimonialista/individualista do direito a investigação de paternidade, conferindo-lhe uma benesse (presunção ao seu favor) em detrimento da concretude de uma situação existencial oriunda de direitos da personalidade, qual seja: direito a origem genética. Ademais, a súmula representou tão somente solução para os direitos, supostamente alijados, do investigando, já que valorizou direitos manifestamente abusivos deste em detrimento de direitos hígidos do investigante. Representou, a um só tempo a exaltação do abuso de direito do suposto pai e o sepultamento dos direitos fundamentais do investigante.

A Súmula 301 do STJ foi capaz ainda de revelar um lado obscuro das súmulas em nosso ordenamento, que poucas vezes é visualizado pelo operador do direito. É o que se pode chamar de “síndrome do cabresto”, a qual, indubitavelmente, propugna por uniformizações jurisprudenciais e fortalecimento do direito; contudo, quando baseada em entendimentos falaciosos e arenosos, tolhem a capacidade criativa dos magistrados, os quais passam a aplicá-la sem analisar seus pressupostos. Os magistrados deixam de lado as discussões que subjazem ao entendimento firmado e encurtam o caminho que teria de adotar para se chegar a uma decisão, tão somente subsumindo o fato à súmula, sem quaisquer análises sobre os direitos em conflito. Quando a súmula configura uma involução ou retrocesso, como provado no bojo do presente trabalho, a sua aplicação repetida, de forma automática, sem menores detalhamentos, acabam por corroborar como verdade absoluta falácias que redundam em verdadeiras injustiças.

Como exemplo de falácia pode-se elencar que o exame de DNA fere a integridade física do investigando, já como injustiça oriunda desta falácia temos a não concretização do direito fundamental à identidade genética do investigante.

Trata-se daquele antigo provérbio que corrobora que uma inverdade repetida diversas vezes passa a ser tida como verdade incontestável, absoluta. Foi justamente o que ocorreu: a aplicação desmesurada da súmula pelos tribunais pátrios, sem analisar os pressupostos sob os quais foi erigida, fez com que as suas premissas falsas fossem elevadas a verdade absoluta e as injustiças decorrentes fossem perpetuadas.

Portanto, a presente súmula foi o gérmen de uma involução jurídico-social sem precedentes no ordenamento brasileiro, rechaçando sem solidez a condução coercitiva ao exame de DNA, quando só este poderia propiciar a concretização dos direitos fundamentais do investigante.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. Aspectos da paternidade no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171; MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. Disponível em: http://www.pucrio.br/direito/revista/online/rev09_celina.html. Acesso em: 10 nov. 2011

BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas-corpus nº 71.373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Ministro Francisco Rezek, 22 de novembro de 1999

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992, p. 15, 169.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p.567

GOMES, Renata Raupp. A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.352.

JR, Fredie Didier, *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Editora Podvim, 2009.p.40.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos de personalidade. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (coord). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 525.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: *Portugal-Brasil Ano 2000* (Edição do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 293, *Apud*: PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92-93.

MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame de DNA em direito Brasileiro - Direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem? In LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 31.

MARTINS NETO, Hamilton de Oliveira. A recusa ao exame de DNA e o Novo Código Civil. In: A falibilidade do exame de DNA: necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004, ps. 592 e 593.

MENDES, Gilmar Ferreira, Os direitos individuais e suas limitações: breve reflexões, São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade*. Disponível em: http://www.pucrio.br/direito/revista/on_line/rev09_celina.html. Acesso em: 10 mar. 2006.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. Ed. São Paulo:RT, 2003. p.255

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 65-74.

PEREIRA, C. M. da S. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 109

REVISTA VEJA: http://veja.abril.com.br/especiais/veja_40anos/p_145.html, visualizado no dia 08 de novembro de 2011.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>. Acesso em: 10 nov. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 435.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 783, ano 90, p. 65-84, jan. 2000.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Método.v.u, p.398

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.I.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WELTER, B. P. **Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA**, in Revista Brasileira de Direito de Família. – Porto DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. Alegre: IBDFAM/Síntese, ano II, n.º 12, 2002

V. Curso de Direito Civil Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5º, p. 472; e O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 783, ano 90, jan. 2000, p. 82. Cf., também, ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. Aspectos da paternidade no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 158 e 159.