

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**A IDEIA DE PATERNIDADE E ORIGEM GENÉTICA NO CONTEXTO DA  
SÚMULA Nº. 301: UMA REFLEXÃO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**ANDRÉ LUIZ TOKARSKI BOAVENTURA**

**BRASÍLIA**

**2009**

**ANDRÉ LUIZ TOKARSKI BOAVENTURA**

**A IDEIA DE PATERNIDADE E ORIGEM GENÉTICA NO CONTEXTO DA  
SÚMULA Nº. 301: UMA REFLEXÃO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial para conclusão do curso de Direito na  
Universidade de Brasília, para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros**

**BRASÍLIA**

**2009**

“Quando levantei a cabeça, dei com a figura de Capitu diante de mim. Eis aí outro lance, que parecerá de teatro, e é tão natural como o primeiro, uma vez que a mãe e o filho iam à missa, e Capitu não saía sem falar-me. Era já um falar seco e breve; a maior parte das vezes, eu nem olhava para ela. Ela olhava sempre, esperando.

Desta vez, ao dar com ela, não sei se era dos meus olhos, mas Capitu pareceu-me lívida. Seguiu-se um daqueles silêncios, a que, sem mentir, se pode chamar de um século, tal é a extensão do tempo nas grandes crises. Capitu recompôs-se; disse ao filho que se fosse embora, e pediu-me que lhe explicasse...

— Não há que explicar, disse eu.

— Há tudo; não entendo as tuas lágrimas nem as de Ezequiel. Que houve entre vocês?

— Não ouviu o que lhe disse?

Capitu respondeu que ouvira choro e rumor de palavras. Eu creio que ouvira tudo claramente, mas confessá-lo seria perder a esperança do silêncio e da reconciliação; por isso negou a audiência e confirmou unicamente a vista. Sem lhe contar o episódio do café, repeti-lhe as palavras do final do capítulo.

— O quê? perguntou ela como se ouvira mal.

— Que não é meu filho.”

Dom Casmurro, Machado de Assis

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO.....	07
1. MARCO INTRODUTÓRIO SOBRE A POSTURA HERMENÊUTICA ADEQUADA EM FACE DA SÚMULA 301 DO STJ: NECESSIDADE DE CONFORMIDADE COM O MODERNO DIREITO CIVIL.....	12
2. DA IMPOSSIBILIDADE DE A SÚMULA 301 DO STJ EQUIPARAR A ORIGEM GENÉTICA AO VÍNCULO DE PATERNIDADE.....	19
3. A PRESUNÇÃO <i>IURIS TANTUM</i> : O ESBOÇO DE UMA SOLUÇÃO DO STJ PARA A SUPOSTA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO COMPULSÓRIA DO EXAME DE DNA.....	26
4. DA POSTURA ADEQUADA EM FACE DA NEGATIVA DO RÉU EM REALIZAR O EXAME DE DNA.....	34
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

## RESUMO

Este trabalho propõe uma reflexão sobre como a questão da paternidade e da origem genética está sendo abordada na jurisprudência brasileira. Para tanto, enfrenta algumas premissas vinculadas ao contexto de surgimento e de aplicação da Súmula Nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça – instância máxima de uniformização da legislação infra-constitucional no Brasil. A partir dessa análise será possível visualizar que o tratamento concedido à matéria não tem sido o mais adequado, considerando: (i) a ausência de uma compreensão adequada dos conceitos de origem genética e de paternidade; (ii) a presunção fixada pela Súmula não se traduz necessariamente na solução correta para diversos casos concretos; (iii) a inconveniência do cenário de absoluta proibição à realização impositiva do exame de DNA, a despeito de qualquer especificidade da situação concreta.

## **ABSTRACT**

This study considers how the subjects of the paternity and of the genetic origin are being examined in the Brazil's judicial system. Considering that, it faces some premises related to the establishment of the precedent # 301, which was set by the Superior Court of Justice – the last court of appeals for non-constitutional questions in Brazil. From the analysis it will be possible to verify that this purpose has not been appropriately discussed, considering (i) the absence of a satisfactory understanding about the concepts of genetic origin and paternity; (ii) the presumption adopted in the precedent does not express the most satisfactory solution for many concrete cases; (iii) the inconvenience of the unequivocal prohibition related to the coercive DNA examination, despite of any peculiarity related to the concrete situation.

## INTRODUÇÃO

A figura da paternidade, a exemplo de variados institutos clássicos do direito de família, vem passando por transformações significativas, que se acentuaram ainda mais no final do século passado. O surgimento e o desenvolvimento de novas técnicas periciais de investigação, aliados a uma evolução das idéias e práticas sociais, acabaram provocando a revisão de diversos pontos correlatos à matéria, tanto na doutrina pátria quanto na jurisprudência, seja de forma evidente ou implícita.

A possibilidade da utilização nos processos judiciais do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) para verificação da origem genética causou, em certo sentido, uma latente perplexidade nos julgadores. Numa matéria que sempre envolvia, até então, elevado grau de incerteza, por força da dificuldade de extração de elementos probatórios nas situações concretas, foi inserida uma técnica que permite determinar o vínculo biológico com uma precisão quase absoluta – ainda que esse ideal de segurança possa acabar apresentando caráter ilusório, a partir de uma reflexão mais precisa sobre o tema.

O surgimento desses recentes elementos possibilitou inovação na dinâmica das práticas sociais, e os reflexos de tal contexto foram evidentes nos Tribunais do país. A verdadeira revolução proporcionada pela descoberta da nova técnica conduziu a significativo incremento da quantidade de ações judiciais sobre a matéria no país, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça assentar súmula jurisprudencial sobre o assunto em 2004, cuja redação estabelece: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade” (Súmula N<sup>o</sup>. 301 do STJ).

A presente Monografia pretende abordar como a questão da paternidade e da origem genética vêm sendo trabalhadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e em especial examinar os precedentes que deram origem à edição do entendimento sumulado N<sup>o</sup>. 301 do Tribunal, quais sejam: AgRg no Ag 498.398/MG; REsp 135.361/MG; REsp 141.689/AM; REsp 256.161/DF; REsp 409.285/PR; e REsp

460.302/PR. Evidentemente, também será bastante relevante a análise do contexto geral de formação da Súmula, no qual se insere o conhecido precedente do Supremo Tribunal Federal de 1994, o *Habeas Corpus* Nº. 71373-4/RS, além de considerações de natureza doutrinária que os autores brasileiros têm aduzido sobre o tema.

O intuito da análise mencionada orienta-se ao objetivo principal de apontar que as premissas nas quais está assentada a Súmula Nº. 301 do STJ estão, em certo sentido, equivocadas, tendo-se em consideração as formulações da moderna abordagem do direito civil, e ainda, o ideal da Integridade do Direito. A argumentação que utilizaremos para demonstrar essa perspectiva abrange três hipóteses secundárias, que serão discutidas e testadas nos capítulos segundo, terceiro e quarto desta Monografia.

No primeiro capítulo tentaremos detalhar algumas noções introdutórias ao objeto principal do trabalho. Nele será possível encontrar alguns fundamentos teóricos importantes para o desenvolvimento dos demais capítulos. Intentaremos discutir a postura hermenêutica adequada em face da Súmula 301 do STJ, através de duas vertentes principais: de início, verificaremos as tendências recentes que têm influenciado o moderno direito civil brasileiro, em especial o direito de família, sobretudo após a transformação radical imposta pela nova Constituição da República; logo a seguir, procuraremos definir o modo adequado de vislumbrar a interpretação das súmulas de jurisprudência em geral em relação ao contexto global do fenômeno jurídico.

Já no segundo capítulo iremos trabalhar uma primeira hipótese que pode ser extraída do objetivo central dessa Monografia: é a de que os precedentes da Súmula Nº. 301 do STJ não diferenciam de forma adequada a origem genética, de um lado; e o vínculo de paternidade, de outro, como duas categorias rigorosamente distintas. Conforme procuraremos demonstrar oportunamente, a noção de paternidade abarca um conteúdo fluido que, uma vez não claramente delimitado pelo intérprete do direito, pode acabar implicando numa solução inadequada aos conflitos acaso ocorridos.

Uma vez estabelecida a distinção necessária entre origem genética e paternidade, iniciaremos, já no terceiro capítulo, a verificação de outra hipótese do presente trabalho, também relacionada ao objetivo a que nos propusemos. Iremos propor a demonstração de que a noção de presunção relativa estabelecida nos precedentes da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, e consolidada na redação do verbete, a despeito de parecer resolver a questão através de um expediente de natureza processual, não é de todo adequada e pode acabar conduzindo ao estabelecimento de sérios equívocos nos casos concretos – o rigor da presunção assentada no caso de recusa à realização do exame implicaria em decisões uniformemente direcionadas ao reconhecimento da paternidade fictícia nos casos concretos.

No quarto capítulo assentaremos a última hipótese, de acordo com a qual há inconveniência em estabelecer, a despeito das circunstâncias e peculiaridades de cada situação concreta, ampla permissividade para que o genitor se recuse a realizar o exame de investigação de paternidade. Procuraremos demonstrar que certas situações específicas demandarão tratamento diferenciado, não obstante o precedente do Supremo Tribunal Federal que fixou a impossibilidade de realização coativa do exame – e que acabaria exercendo influência acentuada sobre a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, logo em seguida.

O estudo a ser intentado na presente Monografia tem como pressuposto a visão que situa o direito como Integridade, cuja formulação teórica foi aduzida por Ronald Dworkin. Acreditamos que a teoria é salutar para a abordagem que pretendemos realizar: a questão específica que será encarada é permeada por precedentes diversos, além de grande controvérsia. Esse modo de encarar o fenômeno jurídico pressupõe a interpretação criativa e inovadora do sistema de direitos, e o apelo ao passado somente é retomado caso o enfoque contemporâneo assim o exija. Dworkin explicita o modo apropriado de vislumbrar o Direito:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald (2007 : 294)

Também está fora de dúvida que as questões que envolvem paternidade, origem genética e realização coativa do exame pericial de DNA – em relação às quais serão dedicados extensos parágrafos nas páginas seguintes desse trabalho – são de difícil equacionamento, por encerrarem a contraposição de princípios erigidos a elevada dimensão de importância em nossa sistemática jurídica. Nesse ponto, a teoria do direito de Dworkin novamente adquire grau de relevância, por fornecer respostas adequadas e fundadas num sistema de justiça, privilegiando a coerência intrínseca na aplicação dos princípios e repelindo as concessões entre estes:

Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.<sup>2</sup>

É ainda importante asseverar que este estudo pressupõe uma visão atual do direito civil, e, em especial, do direito de família, atenta para a moderna abordagem civil-constitucional que vem sendo elaborada – a importância do patrimônio nas relações familiares é relegada a plano meramente secundário, em favor do valor fundante da *afetividade*. Aqui, cabe ressaltar que a nossa argumentação buscará respaldo teórico nas considerações de civilistas nacionais de grande notoriedade, tais como Paulo Luiz Netto Lôbo, Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino, que têm trabalhado exaustivamente as perspectivas atuais da repersonalização e da despatrimonialização nas relações de direito civil. Lôbo bem ressalta essa transformação:

A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.<sup>3</sup>

Evidentemente, este estudo não intenta esgotar a ampla e controversa temática da paternidade e da origem genética, e nem abordar a totalidade dos precedentes judiciais atinentes à matéria. Sua utilidade vincula-se precipuamente a

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald (2002 : 197)

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. (1999 : 103)

estimular o debate sobre um assunto que não está, de forma alguma, superado, além de propor uma leitura crítica a respeito do tratamento jurisdicional correlato.

## **1. MARCO INTRODUTÓRIO SOBRE A POSTURA HERMENÊUTICA ADEQUADA EM FACE DA SÚMULA 301 DO STJ: NECESSIDADE DE CONFORMIDADE COM O MODERNO DIREITO CIVIL**

A análise adequada e coerente da Súmula Nº. 301 do STJ só é possível a partir do contexto moderno de direito civil no qual estamos inseridos. Tal abordagem é caracterizada pela valorização da pessoa humana, na expressão de sua incontestável dignidade, relegando-se a importância do patrimônio a nível notadamente secundário. Por outro lado, é relevante estabelecer que uma reflexão séria sobre qualquer ponto específico da temática ampla do Direito Civil pressupõe necessariamente uma postura crítica e atenta, além de um concatenamento entre a realidade da vida e o rigor dos conceitos. Luiz Edson Fachin enuncia com presteza a necessidade de vislumbrar-se um enfoque atualizado ao Direito Civil:

Assim se propõe o Direito Civil contemporâneo, aberto e plural, dialógico no método e dialético em sua substância; à luz do paradigma pedagógico emancipatório do saber e do ensino jurídico, alavanca seu fomento em perfis que decodificam o presente, denunciam o ultrapassado e arrostam o porvir em diálogos interdisciplinares.<sup>4</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, restou definitivamente superada no país a noção de completude do Código Civil, marco típico da Escola da Exegese, segundo o qual o Código era considerado diploma único das relações de direito privado. Os primeiros sinais indicativos da inadequação do modelo da completude foram vislumbrados no Brasil logo após a metade do século passado: basta lembrar a intensa produção legislativa esparsa vinculada ao direito civil no período. A partir dessas novas premissas, o Código passou a ser vislumbrado como mais um dos variados elementos conformadores das relações privadas, e não mais a fonte única delas; precisa, dessa maneira, ser complementado por outras leis – sua função precípua relaciona-se com a delimitação dos princípios fundamentais do direito civil. Gustavo Tepedino aduz a nova sistemática em que se insere o direito privado:

---

<sup>4</sup> FACHIN, Luiz Edson (2002 : 42)

As demandas sociais, a cada momento, impõem atos normativos de impressionante fugacidade e variabilidade (os alemães aludem à característica de ruptura: Umbruchcharakter), como ocorre, de resto, em tantos setores da cultura contemporânea (parece indiscutível a ausência de parâmetros homogêneos para definir, por exemplo, o estilo predominante da arquitetura, da literatura, da música ou mesmo da moda contemporâneas), a ponto de se apregoar a existência de um direito da pós-modernidade.<sup>5</sup>

Por outro lado, a dicotomia direito público e privado tem apresentado contornos novos, uma vez que é influenciada também pelas modernas tendências da interpretação civil-constitucional. Cada vez mais as instâncias públicas e privadas se interpenetram, expondo a natureza fluida que a citada divisão abarca. Gustavo Tepedino salienta o fenômeno da crescente intervenção estatal no direito de família, mas estabelece a seguinte ressalva:

O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código Civil de 1916, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional.<sup>6</sup>

A tônica da moderna abordagem do Direito Civil está centrada justamente na realização plena da personalidade e dignidade humana. A concepção de despatrimonialização das relações civis tem sido alçada a importante categoria, a demonstrar que residem exclusivamente no passado as opiniões que vislumbravam o patrimônio no centro absoluto da sistemática civilista – não obstante a incontestável importância dos institutos clássicos da matéria, tal como a propriedade ou o contrato, cujo cunho patrimonial é evidente. Na mesma ordem de ideias, os autores têm comumente apresentado a tendência da repersonalização do direito civil, pela qual se intenta direcionar as preocupações centrais da disciplina ao ente humano, relegando ao patrimônio importância apenas secundária.

Entretanto, a tarefa de deslocar o foco do direito civil do patrimônio para a pessoa, muito embora esteja em pleno desenvolvimento no país, parece requerer mais tempo e elaboração do que um prognóstico afoito sobre a questão possa

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo (2000 : 06)

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo (2004 : 20-21)

concluir. Basta mencionar que a milenar tradição civilista tem nítido cunho patrimonializante – Paulo Luiz Netto Lôbo lembra que tais premissas são evidentes inclusive no Direito de Família:

Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui estatuto legal de administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatário não pesam.<sup>7</sup>

E justamente para superar essa tradição, é necessário vivenciar cotidianamente a noção da repersonalização, que, ao colocar o valor da pessoa humana no centro da problemática das relações privadas, adquire importância central para a construção de um direito civil em conformidade com a sociedade dos dias de hoje – evidentemente, essa valorização da dignidade humana também exerceu significativa influência no desenvolvimento do conceito moderno de paternidade.

Entretanto, essa proeminência do ideal de pessoa humana não pode tender, de modo algum, a um individualismo egocêntrico; muito ao contrário, as noções de solidariedade e de cooperação estão propriamente na essência das relações civis e, mais especificamente, da paternidade. Nesse ponto, merece especial menção a figura da afetividade, caracterizada com perfeição por Paulo Luiz Netto Lôbo como

O princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.<sup>8</sup>

A compreensão adequada do princípio da afetividade é bastante significativa para a formação de um conceito plural e completo da paternidade. É de todo esclarecedor que o estado de filiação possa perfeitamente prescindir do vínculo biológico, muito embora seja excessivamente difícil imaginá-lo sem a afetividade. Nesse sentido, uma postura que valorize demasiadamente a origem biológica tenderá a ser insubsistente: a afetividade é o elemento definidor da paternidade,

---

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (1999 : 103)

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2008a : 08)

traduz-se na sua essência; enquanto que a origem genética é o elemento ocasional da questão.

Uma leitura adequada das relações familiares deve considerar os laços de afetividade em posição central, e não como elemento meramente secundário – trata-se de compreender a dimensão de importância da cooperação, do carinho, respeito e afinidade entre os membros que integram o núcleo familiar. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka pontua adequadamente o assunto:

O direito de família, enquanto é concebido como campo do direito civil responsável pela solução de conflitos entre membros de um conjunto de pessoas vinculadas por parentesco consanguíneo, quer na linha reta, quer na colateral, é um direito incompleto: enquanto não se permitir ser concebido como campo do direito responsável pela regulação das relações de afeto, a família presente na sua designação certamente continuará sendo uma instituição jurídica, mas ainda não conseguirá ser, de forma alguma, uma instituição humana.<sup>9</sup>

Mesmo os autores menos liberais, ao abordarem os assuntos vinculados ao direito de família, têm percebido a dimensão de importância que a noção de afetividade irradia sobre toda a temática da disciplina – atualmente, somente uma postura irrefletida poderia dissociar, em qualquer sentido, o afeto das relações de família. Esse é o significado do trecho a seguir, de Sílvio Venosa: muito embora seja conhecido por ideias de conservadorismo extremo, este autor acaba sucumbindo à noção irradiadora da afetividade:

Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.<sup>10</sup>

Entretanto, a aplicação do princípio da afetividade em face dos casos concretos nem sempre pode ser realizada de modo apropriado através de um silogismo simples ou precipitado – frequentemente, a elevada complexidade das

---

<sup>9</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009)

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo (2005 : 251)

relações familiares determina a necessidade de um cuidadoso exame das peculiaridades que lhes são próprias. Nesse sentido, na medida em que as questões de família sejam submetidas ao Poder Judiciário, devem receber um tratamento em conformidade com suas particularidades.

Inserir-se nesse debate a questão dos precedentes de uniformização jurisprudencial que, uma vez consagrados, são amplamente reproduzidos, tanto pela doutrina como nos tribunais. É o caso da Súmula Nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça, que vem exercendo considerável esfera de influência sobre as instâncias ordinárias do país nos últimos anos. Ocorre que em diversas hipóteses a utilidade da súmula para o equacionamento dos conflitos será substancialmente reduzida, uma vez que o contexto fático demonstre características especiais que afastem a incidência do enunciado.

Até mesmo pela própria fluidez da noção de paternidade o estabelecimento da presunção de filiação, tal como preceituado na Súmula, não pode prescindir do exame dos elementos vinculados à afetividade. Não prospera, em sentido algum, a assertiva de que, uma vez fixado o entendimento sobre a questão pelo Tribunal, o debate restará esvaziado, estando o intérprete limitado a aplicar mecanicamente a súmula ao caso concreto.

No mesmo sentido, parece-nos que não merece prosperar a posição segundo a qual as súmulas tendem a enclausurar a jurisprudência – considerando que a vinculação do magistrado das instâncias inferiores aos enunciados prescritos pelos Tribunais não deve acontecer de um modo acrítico ou automático. Dessa forma, o equívoco estaria relacionado, em verdade, a uma possível aplicação descuidada dos verbetes jurisprudenciais: na medida em que os casos concretos sejam diferentes, merecerão tratamento específico, que considere as peculiaridades que lhe são próprias. Paulo Henrique Blair de Oliveira delimita adequadamente a questão:

Súmulas não encerram o dissenso, porquanto, ao emergirem como síntese de razões já aplicadas anteriormente, elas imediatamente reabrem o debate sobre os sentido dados por elas às normas. Apesar de se apresentarem como o término de um debate nos tribunais, estas súmulas abrigam a pretensão de incidência em casos futuros. Por isto, ao ganharem

um grau de generalidade, irão requerer, na aplicação futura, a sua adequabilidade a cada caso específico.<sup>11</sup>

As súmulas jurisprudenciais constituem texto escrito, assim como as leis, e atuam contribuindo para o aumento da complexidade do fenômeno jurídico. Talvez a fixação de um novo enunciado não possibilite maior certeza e segurança jurídica, mas certamente favorecerá a emergência de novos debates em torno da questão de fundo, já que dúvidas interpretativas difíceis seguramente irão emergir. As súmulas colocam, de um modo geral, a questão de fundo em evidência, incentivando o debate sobre a matéria. Paulo Henrique Blair de Oliveira ilustra o processo hermenêutico a que as súmulas jurisprudenciais estão submetidas:

De outra parte, esta abertura para o dissenso e para o futuro pode ser tomada como indicativo claro, sob a perspectiva do construtivismo dworkiniano, que, mesmo integrando as concepções prévias de um intérprete, estas súmulas não interditam a possibilidade de novos significados – ao contrário, na verdade dão origem a indagações ainda mais complexas e, deste modo, realimentam o processo hermenêutico. Súmulas jurisprudenciais portanto não exoneram riscos e dúvidas interpretativas.<sup>12</sup>

A aplicação de um enunciado sumulado deve estar em consonância com as peculiaridades do caso concreto. A rigor, a fundamentação da decisão que aplica uma súmula deve ser tão ou mais importante que a daquela que aplica uma regra jurídica de maior generalidade. Tendo-se em vista especificamente a Súmula 301 do STJ, parece restar evidente a inabalável necessidade de a decisão judicial enfrentar os caracteres específicos da situação concreta, aplicando o entendimento dominante do Tribunal de forma coerente com a totalidade do sistema jurídico. A Min. Nancy Andrighi posicionou-se adequadamente sobre o tema, conforme transcrição de seu voto no REsp N<sup>o</sup> 833.712-RS, o qual é posterior à edição da citada súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. (REsp N<sup>o</sup>. 833.712/RS)

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair (2006 : 134)

<sup>12</sup> ibidem, p. 135

Na medida em que a Súmula 301 do STJ envolve fatores sensíveis como a paternidade, o vínculo genético e, via de regra, os interesses de crianças, para mencionar apenas alguns deles, com mais razão o caso concreto deverá ser minuciosamente avaliado e debatido. Um equívoco em matérias dessa natureza pode implicar em prejuízos severos para as partes, que poderão acabar enfrentando as consequências relacionadas à decisão judicial no decorrer de vários anos.

Esse contexto pode ser muito bem visualizado em um precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial Nº. 903.613, do Distrito Federal, julgado posterior à edição da Súmula Nº. 301 do STJ, o Min. Relator Sidnei Beneti bem assenta situação na qual a tentativa de extensão do campo de aplicação da Súmula é inadequada, considerando a natureza especial do caso concreto a que diz respeito – tal hipótese não tratou da negativa do pai em realizar o exame, mas da própria filha, em relação a qual a paternidade já houvera sido constituída há mais de quarenta anos:

E, ainda que se tivesse de examinar o fato de a acionada não haver realizado o exame de DNA, deve-se atentar a que a Súmula nem mesmo poderia, sem mais indagações e reflexões, ser invocada contra ela, a acionada, pois o enunciado, formado em julgamento de ação movida pelo filho e não pelo genitor e expressamente dirigido à “recusa do suposto pai”, evidentemente não pode, sem cautelas, ser transposto pura e simplesmente ao filho – cuja situação possui regramento específico, forte no direito de impugnação da paternidade, nos termos acima já expostos. (REsp Nº. 903.613/DF)

Assim, parece ser absolutamente verdadeiro que o cenário interpretativo adequado em face do entendimento sumulado Nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça determina a imprescindibilidade do exame dos caracteres específicos ínsitos ao caso concreto que será decidido. No mesmo sentido, é fundamental que haja a diferenciação pertinente entre origem genética e paternidade – e os tribunais não distinguem adequadamente essas categorias, ponto que será aprofundado no próximo capítulo.

## 2. DA IMPOSSIBILIDADE DE A SÚMULA 301 DO STJ EQUIPARAR A ORIGEM GENÉTICA AO VÍNCULO DE PATERNIDADE

Não resta dúvida de que o modelo familiar mudou: por força constitucional, ele é hoje nitidamente plural. A ultrapassada forma patriarcal de organização familiar sucumbiu em face da natural evolução dos tempos. O núcleo da noção de família típica brasileira da atualidade tende a ser situado nas relações afetivas, e a conotação religiosa e política, que outrora estava no centro da questão, acabou relegada a um plano rigorosamente secundário. Paulo Luiz Netto Lôbo enuncia com precisão os elementos que compõem a moderna família:

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.<sup>13</sup>

Desses três princípios enunciados, merece especial atenção aquele que faz referência à igualdade. Tal princípio, consagrado amplamente em nossa Constituição, inspirou uma nova formatação para a paternidade, no sentido da superação da concepção de filhos legítimos e ilegítimos: a filiação socioafetiva tornou-se verdadeiro elemento norteador para a solução de numerosos casos complexos encontrados no direito de família.

No contexto atual as variadas formas de filiação têm tratamento igualitário, e qualquer fator discriminatório deve ser afastado com vigor. Cumpre desde já ressaltar que há diferença entre paternidade e origem genética – e que ambas as figuras são importantes na difícil tarefa de determinação da filiação.

Sobretudo em face das modificações advindas da Constituição Federal de 1988, não mais subsiste qualquer tendência que implique em considerar a paternidade como um mero produto da origem genética. A Constituição tratou justamente de alargar o conceito, equiparando as variadas formas de filiação, fator que a doutrina e a jurisprudência no Brasil tem reiteradamente afirmado. Atualmente, não há mais qualquer sentido na distinção entre filhos legítimos e

---

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (1999 : 105)

ilegítimos, na medida do que claramente estatui o art. 227, § 6º, da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Ainda no âmbito dessas mudanças, adquire grande importância a noção de filiação socioafetiva, que seria caracterizada pela confluência de duas situações, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

Uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho.<sup>14</sup>

A irrestrita igualdade entre os filhos, qualquer que seja a origem deles, seguramente tem relação direta com o princípio da afetividade da filiação. Tal premissa é um elemento norteador das questões de paternidade na atualidade. O afeto adquire uma dimensão de preponderância, a ponto de diminuir abruptamente o fator origem genética: basta observar que a paternidade será delimitada no caso concreto precipuamente em função da convivência e apoio mútuo entre pai e filho, ou ainda, da solidariedade construtiva que se espera numa relação desta natureza – que deve estar voltada para o desenvolvimento pleno de ambos os integrantes. O trecho a seguir de Paulo Luiz Netto Lôbo deixa patente essa tendência:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.<sup>15</sup>

Não obstante o acentuado incremento da importância da afetividade na tônica das relações entre pais e filhos, a evolução da moderna técnica de investigação de paternidade através do exame de DNA conduziu a um cenário de certa perplexidade: sob o argumento da certeza quase absoluta encontrada em seus resultados, alguns têm situado o exame num patamar de algum modo superior, algo como a *verdade real* em matéria de filiação. Vejamos a colocação do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, em voto no REsp nº. 256161/DF, um dos precedentes da Súmula 301 do STJ:

---

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2008a : 13)

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2009b)

Creio que estamos diante de um caso especial, em algo que a técnica passou a assumir uma feição tal que, na prática, decide a respeito da paternidade; ou seja, o resultado de uma perícia técnica é que dirá da existência ou não de filiação. A ciência nos diz hoje que o resultado do exame de DNA é superior a 99%, em termos de precisão. Estamos diante de um aspecto curioso e até um pouco contraditório diante do caso concreto: está-se dizendo que não há provas elucidativas da conjunção carnal, das relações sexuais entre os dois contendores. Isso pode até ter servido para desestimular o réu a fazer o exame de investigação de paternidade, acreditando em uma possível decisão do juiz a seu favor. (REsp Nº. 256.161/DF)

Ora, a afirmação isolada de que a perícia técnica evidenciará de forma categórica a existência ou não de filiação é equívoca, na medida em que não há, em sentido algum, identidade absoluta ou inflexível entre os conceitos de filiação e de origem genética. Se a evolução da ciência permite, nos dias atuais, precisar com razoável acuidade quem é o genitor de uma criança – ou seja, determinar a origem genética – tal certeza não pode ser simplesmente transplantada para o plano da paternidade de um modo acrítico. Nesse ponto, é possível até mesmo estabelecer restrição à própria Súmula 301, qual seja:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao **exame de DNA** induz presunção juris tantum de **paternidade**. (Súmula 301 do STJ) (Grifos nossos).

A própria redação desse entendimento sumulado do STJ induz a inadequada associação necessária entre as noções de *exame de DNA* e *paternidade*. A correlação entre as duas figuras pode até mesmo ser considerada admissível para determinados casos: uma hipótese corriqueira que pode ser lembrada é a da utilização do exame para a imputação de paternidade em face de menor impúbere em relação ao qual inexistente a presença de figura paterna, e tampouco qualquer vínculo de natureza socioafetiva. Um exemplo disso pode ser encontrado no REsp nº. 141.689/AM, precedente da Súmula 301 do STJ, no qual o Min. Antônio de Pádua Ribeiro reconheceu a paternidade em face de investigado que se recusara a realizar o exame de DNA. Nesse caso, as circunstâncias demonstraram o seguinte contexto fático, transcrito no testemunho a seguir:

Que era comum a visita do Coronel Mael na casa de Edilene inclusive testemunhou que inúmeras vezes viu Edilene sair na companhia do Coronel, que era comentário entre os vizinhos que estava acontecendo um

namoro e um caso entre eles; que, após Edilene ficar grávida, o Coronel Mael não mais compareceu à residência, tempos depois, já tendo nascido o filho de Edilene, a depoente teve oportunidade de constatar que um soldado da Polícia Militar chegou a casa de Edilene com um envelope contendo dinheiro e Edilene lhe disse que foi a mando do Coronel Sá (REsp Nº. 141.689).

Entretanto, para outras situações a realização do exame pode não trazer benefício para o esclarecimento da verdade que circunda a questão da paternidade, e caso haja uma precipitada aplicação do entendimento sumulado, há evidente risco de incorrer-se em grave equívoco. Parece ter sido o caso do REsp Nº. 460.302/PR, mais um dos precedentes da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça. Nele, a Terceira Turma do STJ improveu o recurso por unanimidade para confirmar decisão da instância ordinária que julgou procedente ação negatória de paternidade.

Antes mesmo da proposição de tal negatória de paternidade, os herdeiros do suposto pai ingressaram em juízo, após sua morte, com uma ação de anulação de assento civil, na qual exaltaram a impossibilidade da manifestação da vontade do pai por força de estar ele acometido de doença mental à época do reconhecimento da filiação. Entretanto, acabaram sucumbindo em tal demanda. Insatisfeitos, os herdeiros propuseram então a ação propriamente negatória de paternidade, com fundamento em sua hipotética incapacidade física. Vejamos o conteúdo da instrução probatória realizada na instância ordinária:

Comprovam as aludidas testemunhas, também, a *exceptio plurium concubentium*, atestando que a mãe do requerido era uma mulher liberada e sempre se relacionou intimamente com outros homens. Referem ainda ao fato de Lorenz, desde o primeiro acidente vascular ocorrido em 1983, tornara-se impotente. (REsp 460.302/PR)

Destaca-se no julgado que toda a controvérsia pairou sobre a circunstância de ser ou não o menor impúbere filho biológico do falecido. Em nenhum momento é cogitada a existência de vínculo socioafetivo entre pai e filho, ou ainda, da possível aplicação da adoção à brasileira ao caso. Uma vez reconhecida qualquer dessas hipóteses, o fato de o falecido ser ou não genitor do menor teria pouca relevância prática. E o que talvez cause perplexidade ainda maior, para atender a interesses de cunho notadamente patrimonialista – aquele dos herdeiros do falecido em face dos bens inventariados – a decisão do STJ desfez o vínculo de paternidade então existente. Acabou deixando sem pai a criança que outrora o tivera, num claro contra-

senso ao princípio da irrestrita proteção aos interesses dos menores. Jédison Maidana assim sintetiza aquilo que deveria compor a noção verdadeiramente adequada de filiação, cuja marca evidente relaciona-se com a socioafetividade:

Pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem-estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir, espontaneamente, a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Será que, posteriormente, seria justo, sem a análise de outras circunstâncias, desconsiderar um vínculo dessa grandeza por uma simples divergência genética?<sup>16</sup>

Assim, mesmo tendo-se em conta a importância que os caracteres estritamente genéticos indelevelmente apresentam – ora, eles permitem que cada ser humano tenha existência própria, exclusiva e única, originando uma biografia pessoal de valor inestimável – é necessário perceber que a identidade genética de cada indivíduo é apenas mais um dos fatores que compõem sua identidade pessoal, tendo esta amplitude e abrangência significativamente maior que aquela. Paulo Otero aponta de forma adequada a dimensão relacional que a noção de identidade pessoal apresenta:

A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num 'direito à historicidade pessoal'.<sup>17</sup>

Considerando a complexidade que as questões de filiação costumeiramente envolvem, parece conveniente que ambas as acepções de identidade mencionadas – genética e pessoal – sejam compreendidas e apropriadamente aplicadas: é possível vislumbrar até mesmo a paradoxal situação de ser necessário no caso concreto que ambas as idéias sejam dissociadas. Um exemplo que ilustra tal contexto é o do filho gerado através de inseminação artificial heteróloga que desconhecia o doador do material genético e, subitamente, acaba necessitando localizar seu genitor para alguma finalidade médica. Nessa situação, parece ser difícil contestar que os direitos da personalidade do filho devam prevalecer sobre o

---

<sup>16</sup> MAIDANA, Jédison Daltrozo, *apud* DONIZETTI, Leila (2007 : 38)

<sup>17</sup> OTERO, Paulo (1999 : 61)

anonimato do doador de sêmen, de forma a autorizar a violação do sigilo – entretanto, disso não deflui que o filho possa intentar a imputação dos amplos deveres da paternidade ao mero doador, justamente pela ausência da identidade pessoal em sentido amplo. Leila Donizetti pontua a questão apropriadamente:

Conclui-se, portanto, que o direito à identidade genética é distinto do direito ao estado de filiação, porquanto a verdade biológica não se confunde com a verdade da filiação. [...] Logo, os dados biológicos trazidos pelo conhecimento da origem genética nas relações paterno-filiais devem se restringir aos casos de confirmação e contestação de paternidade, aos quais não se configurem pela existência de um estado de filiação previamente constituído.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo também vislumbra a existência de um direito ao conhecimento da origem genética, concebido como decorrência do direito da personalidade, desvinculado, entretanto, do estado de filiação. Assim pondera o autor:

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade.<sup>19</sup>

Em face da celeuma que a utilização inadequada da noção de paternidade tem induzido, parece ser importante estabelecer distinção entre duas formas pelas quais ela pode ser visualizada na realidade da vida – uma é a da paternidade que ocorre ordinariamente, na qual existe efetivo vínculo socioafetivo entre pai e filho: é o caso do pai que é genitor e que cria a criança (hipótese que ocorre com maior frequência); que não é genitor, mas cria a criança; ou ainda, da adoção, por exemplo. E a outra forma, totalmente distinta da anterior, ocorre quando o genitor descumpre o dever mínimo de assistência que lhe é exigível, deixando desamparada criança que não dispõe de figura paterna (inexistência de qualquer outro vínculo paterno de natureza socioafetiva). Nesse caso, deverá ser imputada a paternidade ao genitor, como forma de responsabilizá-lo por seus atos, ainda que não configurada a afetividade entre ambos – seria o caso de uma *paternidade ficta*, de natureza *sui generis*, cujo caractere preponderante seria o da *supletividade*.

---

<sup>18</sup> DONIZETTI, Leila (2007 : 129-130)

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2009a)

Nesse ponto, é sem dúvida relevante mencionar recente ponderação de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a questão: o autor, valorizando a importante e atual tendência da filiação socioafetiva, entende que

Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica<sup>20</sup>

Assim, Lôbo entende que o conceito adequado de paternidade imprescinde do vínculo socioafetivo, o que constitui um raciocínio visivelmente inovador sobre o tema. Demonstra inequivocamente a dimensão atual de importância que a ideia de socioafetividade representa para o ideal amplo de paternidade. Todavia, um emprego apressado dessa noção pode conduzir a um cenário de perplexidade: consideremos a hipótese de uma criança que não tenha qualquer vínculo afetivo com genitor paterno algum; em tal circunstância, parece razoável a imputação da paternidade propriamente dita ao genitor, ainda que ausente vínculo de natureza afetiva entre ambos – entendimento contrário poderia trazer prejuízos sérios ao menor, que restaria, caso tal noção fosse aplicada de um modo afoito, desguarnecido de qualquer vinculação de origem paterna.

De toda forma, Paulo Lôbo acrescenta que a afetividade não deve ser compreendida em sua acepção vulgar. Assim, entende que “a afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações.”<sup>21</sup> Ressalte-se a menção do ilustre autor a uma suposta afetividade presumida: ora, a consequência prática dessa noção é a mesma alcançada pela *paternidade ficta* a que já aludimos: a paternidade é imputada ao genitor como forma de responsabilizá-lo por seus atos.

---

<sup>20</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2008a : 13)

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2008a : 9)

### **3. A PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM*: O ESBOÇO DE UMA SOLUÇÃO DO STJ PARA A SUPOSTA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO COMPULSÓRIA DO EXAME DE DNA**

Uma vez estabelecida a importância da afetividade para a delimitação apropriada das questões de filiação, seria razoável acreditar que a jurisprudência nacional não pudesse prescindir de tal elemento para equacionar as questões complexas vinculadas à paternidade. Entretanto, quando se observa o debate a respeito da Súmula Nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça, é possível inferir que, paradoxalmente, a afetividade é nitidamente situada em plano secundário.

Tal precedente da instância máxima de uniformização da legislação infra-constitucional do país determina a formação de uma rigorosa presunção para o caso de recusa do pai em submeter-se ao exame de DNA – ou seja, sua tônica direciona-se ao campo do processo civil e privilegia, em alguma medida, o vínculo biológico. Todavia, a utilidade da presunção deve necessariamente observar certos limites: ora, em diversos casos o vínculo socioafetivo pode suplantar o biológico, de modo a retirar a própria razão de ser do exame. Em verdade, o campo de aplicação da Súmula é limitado, e a premissa básica que deve nortear a generalidade das questões de filiação é a noção irradiadora da afetividade.

Ainda que, em certo sentido, o estabelecimento da presunção tenha toda a sua importância limitada a determinados casos concretos, seu emprego foi vastamente difundido pelo país, sobretudo a partir da fixação da Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal circunstância justifica uma reflexão sobre o contexto de formação do entendimento sumulado, que culminou na fixação da presunção.

Um marco importante sobre a investigação de paternidade no Brasil foi a decisão do Supremo Tribunal Federal de 1994, qual seja, o *Habeas Corpus* Nº. 71373-4/RS. Nele, a Corte Constitucional do país decidiu em uma apertada maioria de cinco votos a quatro que não seria admissível a condução do réu debaixo de vara para a coleta do material indispensável à realização do exame de DNA. A

justificativa foi a de que haveria violação de garantias constitucionais, tais como a dignidade humana, a intimidade, ou ainda, a intangibilidade do corpo humano.

A argumentação que acabou tendo proeminência no STF fez prevalecer o enfoque da questão em face do processo civil: não obstante a vedação da realização compulsória do exame, a recusa do réu implicaria na inversão do ônus probatório em favor do autor da investigação de paternidade. É o que se extrai do entendimento do Ministro Marco Aurélio, cujo voto tem caráter paradigmático para a decisão adotada pelo Colegiado:

No caso concreto, o Juízo competente, que é o da investigação de paternidade, saberá dar à recusa do Réu, ora Paciente, o efeito jurídico-processual mais consentâneo, isto no âmbito da prova e da distribuição respectiva, afastada a execução específica e direta da obrigação de fazer. (HC Nº. 71.373-4/RS)

Uma vez fixadas tais premissas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, começou a ser largamente consolidada no Superior Tribunal de Justiça a posição segundo a qual é perfeitamente admissível que o genitor se recuse a realizar o exame, muito embora reste configurada a presunção relativa de paternidade em seu desfavor. O REsp Nº. 256.161/DF, um dos precedentes da Súmula 301 do STJ, exemplifica de forma significativa tal contexto: o Recurso Especial foi provido para reformar Acórdão do TJDFT no qual foi sustentada a improcedência do pedido investigatório de paternidade tendo-se em conta que a prova sobre a existência de relações sexuais foi baseada apenas em fracos indícios. O trecho a seguir do voto da Ministra Nancy Andrighi bem demonstra essa perspectiva de situar a recusa do réu como fonte para o estabelecimento de uma rigorosa presunção no sentido de ser afirmada a paternidade no caso concreto:

No caso, a sentença e o acórdão recorrido concluíram que os elementos probatórios (depoimentos pessoais e prova testemunhal) 'não são suficientes a induzirem uma convicção segura de ocorrência de efetivas relações sexuais das quais tenha sido gerada a autora'. Verifica-se, no entanto, que o Tribunal a quo reconheceu que 'a versão apresentada é coerente e tem grande chance de ser verdadeira' e que 'efetivamente existem indícios desfavoráveis ao investigando'. Diante de tais circunstâncias e da disponibilidade de uma prova pericial capaz de elucidar a controvérsia com reconhecida segurança e credibilidade, não se pode beneficiar o réu com as dificuldades inerentes à obtenção de provas, mesmo indiciárias, da prática de relações sexuais,

máxime em se considerando o caráter reservado e furtivo de que goza, por via de regra, tal comportamento.

Assim, ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade.

[...]

Por conseguinte, deve-se oportunizar ao réu-recorrido a submissão ao exame em questão, advertindo-se, no entanto, acerca dos consectários da sua recusa. (REsp Nº. 256.161/DF)

Nesse momento parece ser válido estabelecer algumas premissas relacionadas às presunções em geral e às formas de obtenção dos meios de prova. De acordo com a noção processual mais clássica a presunção implica na desnecessidade – numa isenção – da realização da prova em face de determinado fato, admitida ou não a possibilidade de prova em contrário. Assim afirma Hernando Devis Echandía a respeito do tema, em sua obra *Teoria General de La Prueba Judicial*:

A presunção não é uma prova, mas a isenção ou dispensa de uma prova. Mas isso não significa que se a parte interessada aduzir provas sobre o fato presumido, deva o juiz rechaçá-las, a menos que assim determine a lei (tradução livre).<sup>22</sup>

Assentada esta noção inicial da presunção, é necessário, no momento seguinte, reconhecê-la como um efeito processual negativo, propriamente desagradável a uma das partes integrantes da relação jurídico-processual. Em geral, o estabelecimento de uma presunção pelo magistrado deriva de sanção – que é imputada à parte por força do descumprimento de algum dever processual, tal como a lealdade ou a probidade de conduta, por exemplo.

De qualquer forma, é fundamental visualizar a figura da presunção como um elemento de natureza extraordinária: isso porque a regra geral que deve nortear o processo civil, segundo tudo leva a crer, remete ao princípio da obtenção coativa dos meios de prova. Tal princípio relaciona-se com a possibilidade de o juiz ter a sua disposição os meios de prova necessários para formar seu convencimento – seja através de multas, de presunções, ou ainda, da condução forçada da parte recalcitrante, por exemplo. Hernando Devis Echandía pontua raciocínio que nos parece ter bastante pertinência com o objeto geral do presente trabalho:

---

<sup>22</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis (1988 : 204)

Existe, assim, um dever de prestar colaboração com a justiça, em matéria de provas, e essa colaboração é um limite necessário à liberdade individual, imposto por razões de interesse público, tanto aos terceiros como às partes. Com toda razão diz a este respeito Couture, que se a princípio ninguém está obrigado a facilitar provas a seu adversário, isso é muito relativo, pois ao ser interrogado, reconhecer ou exhibir documentos, pode beneficiar a parte contrária, muito embora não deseje isso; e acrescenta: 'O litigante não é impelido a favorecer seu adversário, mas apenas a justiça; não está obrigado a arruinar-se, sob o ponto de vista da estratégia do processo, mas tão somente a fornecer indispensável ajuda à missão pessoal e superior da justiça' (tradução livre).<sup>23</sup>

Ora, a colaboração da parte na realização da prova é um limite necessário à liberdade individual. Esse parece ser realmente um ponto incontestável. Toda a celeuma instaura-se, entretanto, na medida em que é necessário determinar o critério de proporção entre a necessidade de realização da prova e o tipo de restrição a um direito individual que será deferida. Esse ponto será trabalhado ao longo deste capítulo e, sobretudo, no que o segue.

Após essa digressão de caráter mais genérico a respeito dos meios de prova, retornemos ao objeto específico deste capítulo. A noção de presunção relativa assentada na jurisprudência do STJ e consolidada pelo entendimento sumulado N<sup>o</sup>. 301 preconiza que a recusa injustificada do réu em realizar o exame deva ser levada em consideração pelo julgador concomitantemente com o restante das provas produzidas. Ou seja, não deve ser concebida como um fator resolutivo para a imputação da paternidade alegada ao genitor, sob pena de contradizer algo que parece ter fundamentado a edição da Súmula – a circunstância de o STJ adotar posicionamento harmônico àquele defendido pelo STF, qual seja, da impossibilidade de realização coativa do exame. Ora, se a presunção estabelecida pela Súmula 301 do STJ tivesse natureza *iures et de iure*, o resultado prático atingido iria contrariar a solução dada pelo Tribunal Constitucional do país ao assunto.

Entretanto, é notória a dificuldade de produção de provas em sede de ações de investigação de paternidade: basta lembrar que os relacionamentos de cunho sexual podem ocorrer em lapso temporal efêmero; ou ainda, que nem sempre a prova testemunhal é hábil nessa seara, considerando que não raro os encontros

---

<sup>23</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis (1988 : 136)

ocorrem sem que qualquer outra pessoa os presencie. A partir dessa constatação, resta evidente que a possibilidade de prova em contrário acabará aplacada na maioria avassaladora das hipóteses. Nos precedentes do STJ que fundamentaram a edição da Súmula 301 prevaleceu de um modo determinante a recusa do suposto pai como fundamento essencial para determinar a imputação da paternidade, sobrepujando os demais elementos da instrução probatória. Vejamos então fragmentos de cada um desses precedentes que ilustram o que foi afirmado:

Os precedentes mencionados no regimental no sentido de dispensar o exame de DNA tratam de casos em que os autos já continham elementos suficientes ao julgamento, hipótese não verificada no caso presente, no qual o acórdão afirmou expressamente que as provas eram frágeis e contraditórias, havendo necessidade do exame de DNA. A decisão, portanto, foi proferida com base no conjunto probatório dos autos, pesando contra o agravante a recusa em realizar o exame. (AgRg N.º. 498.398/MG)

A presunção resultante da recusa do recorrente, no caso concreto, somente corroborou as demais provas produzidas pelos autores, consoante demonstra o seguinte trecho do acórdão recorrido, em nenhum momento impugnado pelo recorrente. (REsp N.º. 460.302/PR)

Por conseguinte, deve-se oportunizar ao réu-recorrido a submissão ao exame em questão, advertindo-se, no entanto, acerca dos consectários da sua recusa. (REsp N.º. 256.161/DF)

Além disso, consideraram que a negativa dos réus de se submeterem ao exame pericial, dotado de alto grau de certeza, prejudicou a tese do plurium concubentium, uma vez que impediram ao juiz a verificação do acerto da defesa. (REsp N.º. 135.361/MG)

O acórdão recorrido, ao desprezar tais circunstâncias, negou o valor probante da presunção de paternidade decorrente da resistência do investigado a submeter-se a exame hematológico (DNA), afastando-se da pacífica orientação deste Superior Tribunal. (REsp N.º. 141.689/AM)

Somente em um dos precedentes da citada Súmula a presunção *iuris tantum* não militou de forma a assegurar definitivamente ao investigante o resultado prático do reconhecimento da filiação perante o Superior Tribunal de Justiça. No REsp N.º. 409.285 foi estabelecida a incorreção da aplicação da presunção de uma forma que desconsiderou, naquele caso concreto, o conjunto probatório global dos autos. Assim, intentou-se a limitação dos efeitos da recusa do réu em se submeter ao exame. Vejamos fragmento do voto do Min. Aldir Passarinho Junior:

A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo. (REsp Nº. 409.285/PR)

Entretanto, é interessante notar que em nenhum desses precedentes foi assentado que o contexto probatório geral dos autos tenha efetivamente afastado a presunção *iuris tantum* no caso concreto. Mesmo no último aresto citado não foi estabelecida a prevalência dos demais fatores probatórios em favor do investigado para determinar a insubsistência da presunção, mas apenas foi consignado que a instância ordinária deveria avaliar a totalidade da prova. Assim sintetiza a questão o Min. Néri da Silveira, em seu voto no já mencionado HC 71373-4/RS:

Porque há uma consequência dessa negativa [da realização do exame], qual seja, a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame de DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. (HC 71373-4/RS)

O tratamento concedido pelo Superior Tribunal de Justiça ao assunto resta evidente no REsp Nº. 141.689, do Amazonas, precedente da Súmula Nº. 301, no qual a presunção é aplicada apesar de ter sido assentado na Câmara Cível do TJAM a insuficiência do material probatório para afirmar a paternidade no caso, conforme fragmento da ementa do Tribunal Estadual transposta a seguir:

Conforme os autos, o exame dos depoimentos suscita incertezas e dúvidas, cujas provas documental, testemunhal e até indiciária não são suficientes para demonstrar de forma cabal e convincente que o apelante é o pai do menor apelado. (REsp Nº. 141.689/AM)

Ora, a análise dessa questão perante o Superior Tribunal de Justiça pressuporia inevitável exame de matéria de prova – tanto é assim que o Min. Eduardo Ribeiro entendeu aplicável a Súmula Nº. 7 do Tribunal, mas acabou sendo voto vencido em relação aos demais Ministros. Os julgadores do STJ optaram, em maioria, por conceder nova interpretação jurídica ao material levantado na instrução probatória, para determinar a prevalência da presunção e reconhecer a paternidade do genitor.

A partir dessas constatações, tudo leva a crer que a presunção contrária ao réu nas investigações de paternidade, consagrada na Súmula Nº. 301 do STJ, implica em quadro de virtual obrigatoriedade da realização do exame, em pretensa desconformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que considera inadmissível a realização compulsória do exame. Assim se posiciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

A Súmula indiretamente contradiz a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal no HC 71.373/RS, de 1996, no sentido de que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame de DNA, pois tal ato violaria garantias constitucionais explícitas e implícitas, a saber, 'preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer'. Ao impor, como resultado da recusa ao exame de DNA, a consequência da paternidade presumida, na ordem prática das coisas, viola todas as garantias preservadas pelo STF. Para não sofrer tais consequências, o réu terá de se submeter ao exame.<sup>24</sup>

Além disso, a partir da análise dos precedentes do STJ é plenamente perceptível que a prova baseada na realização do exame de DNA tem sido situada num patamar superior: seria um elemento probatório de uma dignidade quase absoluta. A insubsistência dessa postura, se adotada de forma isolada, é evidente. Num primeiro momento é possível lembrar hipóteses nas quais existe vínculo socioafetivo que suplanta a ligação biológica – nesse caso, já mencionado no capítulo anterior deste trabalho, a certeza do exame não induzirá a solução correta ao caso concreto. Entretanto, é possível afirmar outra razão para que a valorização em demasia do exame seja evitada: ainda que a certeza vinculada ao teste de DNA seja muito alta, é patente que os erros são inevitáveis, ainda mais quando é certo que o exame técnico nem sempre é realizado nas melhores condições. José Carlos Teixeira Giorgis aduz consideração importante sobre o tema:

A confiança na técnica e a disseminação de que a prova pericial é proeminente às demais, leva à equivocada conclusão de que o exame por DNA é incontestável, e suficiente para impingir um registro de nascimento. Embora o prestígio da pesquisa genética não se pode reduzir a pretensão de paternidade a uma chancela de teste de laboratório, sendo necessário construir-se a persuasão judicial com outros elementos, sob pena de transformar-se a jurisdição em secção homologatória dos gabinetes periciais; o que também abalaria o método processual de avaliação, e retorno ao tarifamento aonde a decisão se apóia em prova solitária.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto (2009b)

<sup>25</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira (2009)

Por outro lado, é possível vislumbrar também uma inadequada utilização das premissas inseridas na citada Súmula do Superior Tribunal de Justiça sob uma ótica estritamente processual: o alcance da presunção deveria circunscrever-se apenas ao reconhecimento de uma faculdade ao magistrado, para que ele pudesse, sem incorrer em qualquer nulidade, utilizar validamente tal técnica de formação de decisões quando necessário. Assim, a aplicação da presunção não deveria ocorrer na quase totalidade das hipóteses. Esse bem parece ser o sentido do art. 232 do Novo Código Civil brasileiro, dispositivo inspirado nas novas tendências que o exame de DNA tem incutido nos mais variados setores da sociedade, e cuja redação estabelece:

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame (Código de Processo Civil).

Como se vê, a técnica legislativa empregada – e mais especificamente, a forma verbal utilizada: *poderá* – indica o que seria apenas uma possibilidade aberta ao magistrado, e não um critério obrigatório norteador do julgamento. Todavia, como bem afirma Ernane Fidélis dos Santos, essa lógica acaba sendo subvertida, em algum sentido, no plano concreto:

Acontece, porém, que, em processo, é regra de julgamento que o permitido, por questão de justiça, torna-se obrigatório, sempre, quando presentes estiverem os pressupostos para referida permissão. No caso específico, se, por fortes e hábeis elementos indicadores nos autos, houver fundamento para que o exame médico se faça, deverá o juiz determiná-lo, e, no caso de recusa do examinando, considerar suprida a prova, positiva ou negativa, que se pretende obter com o exame.<sup>26</sup>

Ora, mas seria realmente inadequada tal postura impositiva em favor da realização do exame, decorrente do estabelecimento de uma presunção de complicada elisão? Não seria o caso de reconhecer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através de via oblíqua e talvez de um modo não plenamente deliberado, esteja desprestigiando enfaticamente a conduta do genitor que demonstra franca irresponsabilidade? Discorreremos mais detidamente sobre essas questões no capítulo seguinte.

---

<sup>26</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos.(2006 : 497)

#### 4. DA POSTURA ADEQUADA EM FACE DA NEGATIVA DO RÉU EM REALIZAR O EXAME DE DNA

Resta ainda perquirir se de acordo com a ordem constitucional brasileira seria plenamente aplicável a proibição da realização impositiva do exame, sob qualquer circunstância – em caso afirmativo, caberia ao magistrado a simples postura passiva de cotejar o restante da prova produzida para adotar uma decisão em face da situação concreta. Tal entendimento tem sido adotado com razoável frequência, de alguma forma corroborando a pretensa escolha do Supremo Tribunal Federal inserta no *Habeas Corpus* Nº. 71373-4, do Rio Grande do Sul, ainda que se tenha em mente que tal decisão foi proferida em apertada maioria.

Todavia, não nos parece que esse seja o melhor caminho. Acreditamos que existem casos concretos específicos nos quais seria incorreto estabelecer ampla permissividade para que o genitor se recuse a realizar o exame – e considerando ainda que tal solução apresenta coerência com o sistema jurídico do país. Apenas para situar introdutoriamente o assunto, é possível afirmar que a importância da realização do exame de paternidade foi bem exposta em trecho de decisão de um juiz monocrático constante do Recurso Especial Nº. 409.285, julgado no Paraná, precedente da Súmula Nº. 301 do STJ, transcrito a seguir:

Lamentável a negativa do réu em submeter-se ao exame do DNA, o qual faz prova absolutamente necessária, pertinente e relevante e que propiciará juízo seguro sobre a paternidade alegada. Esta prova, há que se salientar, será de utilidade impar ao contestante, pois, por seu intermédio, ficará absolutamente livre da imputação que se lhe endereça, com a chancela da coisa julgada, salvo se faltou com a verdade quando afiançou, sem qualquer timidez, que não é pai do autor. (REsp Nº. 409.285/PR)

Inicialmente, afigura-se necessário contrapor o argumento segundo o qual haveria violação à integridade corporal daquele que é submetido ao exame. Esse é o sentido do trecho transcrito a seguir, extraído do voto do Min. Marco Aurélio no emblemático HC Nº. 71373-4/RS:

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.  
(HC Nº. 71.373-4/RS)

Deve ser ressaltado que em face do desenvolvimento da técnica relacionada ao exame de DNA não faz mais sentido suscitar a ocorrência de violência física: para a realização do teste poderá ser suficiente simples material salivar da pessoa periciada, por exemplo. Assim, resta evidente que o constrangimento vinculado ao exame é de uma ordem rigidamente insignificante, ainda mais em face dos benefícios que sua realização pode permitir na solução de determinados casos concretos.

Outro aspecto que deve ser considerado no equacionamento da questão relaciona-se com uma distinção já apresentada anteriormente neste estudo: diz respeito à necessidade de separar o direito ao conhecimento da identidade genética, de um lado; e o direito à investigação de paternidade, de outra parte. As duas categorias acabam sendo vislumbradas por muitos como sinônimas, numa postura que induz sérios equívocos.

É importante visualizar que o direito ao conhecimento da identidade genética remete a um direito da personalidade, enquanto que o direito à investigação de paternidade tem por objeto a tutela propriamente dita do estado de filiação. O trecho a seguir de Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece a questão de modo salutar:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.<sup>27</sup>

Assentada essa distinção inicial entre as duas categorias, impende-se reconhecer que o já mencionado HC Nº. 71373-4/RS versou inquestionavelmente sobre uma investigação de paternidade típica, e não cogitou de forma direta e específica dos direitos da personalidade relacionados ao conhecimento da identidade genética do investigante.

---

27 LÔBO, Paulo Luiz Netto (2009a)

Um dos fundamentos utilizados pelo Min. Marco Aurélio em seu voto foi o de que, na hipótese daquele *habeas corpus*, as vantagens que seriam obtidas pelo investigante seriam “eminentemente pessoais e de inegável carga patrimonial”. Talvez uma consideração dessa natureza até possa subsistir em face do caso concreto objeto daquele processo. Entretanto, não pode de modo algum ser generalizada em face de outros tantos casos apenas semelhantes.

Na hipótese do HC N<sup>o</sup>. 71373-4/RS, consideremos que o mesmo constitui investigação de paternidade ordinária, que visa constituir estado de filiação em face de menor que não tem genitor paterno – uma vez que o investigado se recuse a realizar o exame, o juiz considerará o restante da instrução probatória e decidirá, muito provavelmente, pela efetiva imputação da paternidade ao genitor, ressalvados casos especiais. Parece ser indiscutível que o resultado prático que o exame visava foi alcançado, qual seja, a imputação da paternidade ao genitor recalcitrante – ainda que o exame não tenha sido efetivamente realizado.

Entretanto, consideremos um caso com peculiaridades diversas do mencionado *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Suponhamos que determinado jovem tenha sido adotado por uma família logo após seu nascimento; que tenha recebido excelente apoio material dos pais adotivos, além de irrestrito afeto e zelo; além disso, que a formação do estado de filiação paterno e materno em relação aos pais adotivos esteja fora de dúvida. Imaginemos ainda que o jovem venha a desconfiar, quando já contava mais de vinte anos de idade, que o pai de sua namorada pode ser também o seu genitor. Consideremos que após o suposto genitor ser indagado sobre a questão, ele se recuse veementemente à realização do exame de DNA.

Ora, o interesse do jovem em conhecer sua origem genética não se traduz em desejo exótico ou em detalhe sem relevância: ao contrário, será fundamental caso deseje ter filhos. É sabido que uma relação consanguínea tão próxima aumenta consideravelmente a possibilidade de incidência de doenças hereditárias nos filhos, de modo que o aconselhamento genético é não apenas desejável, mas fundamental. Suponhamos que a análise isolada do material genético da namorada do jovem

acabe mostrando-se inconclusiva para uma série de fatores, e que, nessa seara, a avaliação do material genético do pretense genitor seja essencial.

Além disso, estabeleçamos que o jovem acredite ser muito importante conhecer seu genitor, não para lhe imputar futuramente a paternidade ou por força de qualquer interesse patrimonial, mas porque entende ser extremamente benéfico para sua auto-identidade – e considerando ainda que para esse jovem o vínculo estabelecido com os pais adotivos adquiriu uma noção de marcada indissolubilidade. A solução adequada para esta situação concreta deve ser mais uma vez a da impossibilidade de realização impositiva do exame de DNA?

Não nos parece que seja a melhor conclusão, em definitivo. O caso do jovem em comento diz respeito à tutela de um bem jurídico especial: o conhecimento da origem genética. Ao contrário do que ocorre na modalidade típica de investigação de paternidade, de nada adiantará que o juiz “avalie o restante da prova” para adotar certa decisão. A realização do exame propriamente dita está, assim, no cerne da satisfação de um direito fundamental: é requisito imprescindível para a efetivação de um direito integrante da própria personalidade do jovem.

Nesse ponto, é relevante lembrar a colisão de princípios que o caso enseja: de um lado, o direito à intimidade e intangibilidade corporal do pai; e de outra parte, o direito ao conhecimento da identidade genética e historicidade pessoal do filho. Ora, parece não restar dúvidas de que ambos os conjuntos de princípios enunciados denotam elevada dimensão de importância na sistemática constitucional do país. Se os dois princípios mencionados forem considerados isoladamente, a aplicação dos mesmos conduzirá a uma contradição, dada a aparente incompatibilidade de ambos. Robert Alexy, em sua obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, arrebatou paradigmática assertiva sobre o assunto:

Antes o que se sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a pergunta acerca de qual é o princípio que deve prevalecer pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. (tradução livre)<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert (2007 : 70-71)

Dessa forma, a prevalência de um dos princípios sobre o outro será determinada essencialmente pelas circunstâncias do caso concreto. Ou seja, a dimensão de importância relacionada a certo princípio poderá ser alterada, já que está condicionada a diferentes contextos que os casos ensejem. Tal raciocínio parece ser totalmente aplicável ao caso concreto em comento: nele, parece-nos que prevalece a tese de que o genitor não pode se recusar a se submeter ao exame, pois o princípio que resguarda a intangibilidade corporal contra injunções de terceiros teria, nessa hipótese, dimensão de importância menor do que o princípio contraposto, qual seja, a possibilidade de as pessoas constituírem plenamente suas identidades pessoais. Lembrando novamente Robert Alexy, a solução para as difíceis questões que envolvem garantias contrapostas impescinde da análise da tônica estabelecida entre os princípios em face da situação concreta:

A solução da colisão consiste, pelo contrário, em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. (tradução livre)<sup>29</sup>

Essas considerações de Robert Alexy são fundamentais para situar o problema que nos dispomos a avaliar como uma típica questão de princípios contrapostos. Porém, a tentativa de buscar a melhor solução para o caso concreto a partir da teoria da ponderação de Alexy não nos parece a postura mais adequada, sem embargo da importância e influência que exercem as teorizações do autor alemão – algo amplamente perceptível até mesmo no cotidiano do Supremo Tribunal Federal. A justificativa para tanto se relaciona com a dificuldade de conceber os princípios como categorias ponderáveis, além da falibilidade do racionalismo e da objetividade que o método de Alexy pressupõe.

Acreditamos que a teoria de Ronald Dworkin é mais adequada para auxiliar na busca da melhor solução para o caso que estamos analisando. Dworkin propugna que nos chamados *hard cases*, havendo a incidência de mais de um princípio a dar ensejo a decisões conflitantes, deve ser aplicado somente um deles – para Dworkin, sempre existe uma única decisão correta para cada caso. Entretanto, a visualização da contraposição desses princípios deve ser realizada a partir de um

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert (2007 : 73)

sistema de justiça, e não através de concessões, tal como concebeu Alexy. Assim Dworkin delimita o equacionamento dos denominados casos difíceis:

A tese dos direitos estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos. Mas os direitos concretos nos quais os juízes se apóiam devem ter duas outras características. Devem ser institucionais e não preferenciais; devem ser direitos jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais.<sup>30</sup>

Nesse ponto, adquire relevo a noção de Integridade do Direito aduzida por Dworkin, pela qual os esforços interpretativos realizados no plano do direito devem procurar manter uma coerência sistêmica e global. No mesmo sentido, as decisões dos juízes precisam demonstrar conformidade com a história institucional do país – entendida esta como a Constituição, as leis e os precedentes, por exemplo. E em tal contexto os precedentes adquirem papel fundamental, na medida em que exercem preponderante força gravitacional conformadora sobre todo o sistema. Dworkin delimita a Integridade do Direito:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.<sup>31</sup>

A Integridade exige ainda que não se trate desigualmente pessoas sem razões específicas: a teoria de Dworkin assenta notável contraposição entre a igualdade e a liberdade. O teórico ressalta que “todo cidadão governado pela concepção liberal de igualdade tem um direito a igual consideração e respeito”<sup>32</sup>. Trata-se de consagrar o direito a ser tratado como igual, entendido não como uma necessária igualdade dos cidadãos na distribuição de bens na sociedade, mas antes que a decisão sobre essa distribuição tenha em conta o direito a igual consideração e respeito que cada um merece. Por outro lado, Dworkin insurge-se contra a ideia de que as pessoas tenham um direito geral à liberdade:

Proponho igualmente que os direitos individuais a diferentes liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito

---

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald (2002 : 158)

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald (2007 : 291)

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald (2002 : 420)

fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos. Se isso for correto, o direito a diferentes liberdades não entra em conflito com nenhum suposto direito à igualdade concorrente; ao contrário, decorre de uma concepção de igualdade que se admite como mais fundamental.<sup>33</sup>

Retomando o estudo específico da situação concreta a que nos propusemos a avaliar, é possível pontuar a imposição da realização do exame como uma restrição à liberdade do pai. E acreditamos que tal restrição ao direito individual de liberdade é plenamente justificável: primeiro pela ausência de um genérico direito a alguma liberdade, conforme já apontado; por outro lado, considerando que a restrição ao direito do pai é requisito inelutável para que o filho possa usufruir de plena igualdade de consideração e respeito que merece – e aqui se vê a necessidade de prevalência do princípio da igualdade. Para mencionar uma prosaica analogia, lembremos que quando a lei pune severamente o homicídio, por exemplo, é patente que há restrição à liberdade genérica do cidadão. Ainda assim, ninguém em sã consciência questionaria tal regra jurídica, tendo-se em conta que ela permite, na outra extremidade, a preservação da liberdade e da segurança das demais pessoas.

Ainda é importante atestar que nos parece coerente com a história institucional do país a aceitabilidade da postura de impor a realização do exame para esses casos cujas latentes peculiaridades assim o determinem. Se num passado não tão remoto era rigorosamente prevalecente a posição da total irresponsabilidade do genitor masculino, sobretudo nos casos de filiação fora do casamento, isto não mais prevalece em qualquer sentido. Ainda assim, é difícil refutar a existência, no Brasil, de incômoda tradição de irresponsabilidade paterna em matéria de filiação extra-matrimonial, que remonta aos primórdios de civilização no país – e que ainda hoje parece relutar em exercer algum tipo de influência nas práticas sociais, mesmo que de forma tácita. Sérgio Buarque de Holanda ilustra este quadro de formação do cenário nacional, em interessante passagem:

Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald (2002 : 421)

perturbá-lo ou oprimi-lo. [...] O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. [...] Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens.<sup>34</sup>

Entretanto, é imperioso reconhecer que a evolução de nossos costumes e instituições determinou o solapamento desse modelo de organização familiar que Buarque de Holanda descreve. Ao invés da força relacionada à autoridade patriarcal, avulta-se a convivência afetiva nas relações familiares. E a entidade pública adquire relevo, em detrimento do isolamento privado: aqui é possível fazer referência ao irrestrito amparo aos menores, cuja proteção e cuidado está cada vez mais na ordem do dia. As tendências mais atuais primam justamente pela ampla responsabilização paterna, em harmonia com a sistemática estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Fátima Nancy Andrighi, em artigo doutrinário, enuncia de forma adequada essa necessidade de visualizar a questão da investigação de paternidade de um modo institucionalmente moral:

Porquanto, o critério hermenêutico e princípio do melhor interesse da criança é que há de prevalecer no convencimento do julgador; não um interesse egoísta, bem se diga, mas o que advém da proteção integral à criança e ao adolescente, destinatários por excelência dos direitos fundamentais, mercedores de prioridade absoluta, porque pessoas ainda em formação, nas mãos dos quais estará o futuro do nosso país.<sup>35</sup>

Não obstante ainda ser corriqueiro na prática de nossos tribunais decisões convencionalistas que não atentam para as múltiplas repercussões que a paternidade controversa implica, já é possível encontrar no país alguns precedentes que têm procurado trabalhar o assunto de um modo mais cuidadoso, considerando as peculiaridades ínsitas aos casos concretos e evitando uma aplicação afoita da citada decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, e da Súmula 301 do STJ.

Um primeiro precedente que merece ser destacado é o REsp Nº. 833.712/RS, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 2006, no qual o direito ao conhecimento da origem genética é alçado a importante dimensão, já que integrante do princípio

---

<sup>34</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de (1982 : 49-50)

<sup>35</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy (2006)

constitucionalmente consagrado da dignidade da pessoa humana. A decisão expõe o papel relevante que a identidade genética exerce na formação dos cidadãos:

Prepondera ainda a ausência de dados genéticos no tocante à pessoa 'adotada', que, se porventura for acometida de enfermidade hereditária, não poderá se socorrer no histórico de saúde de sua verdadeira família biológica.

[...]

Acresça-se à premissa anterior, que não é correto impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida de ter esclarecida sua verdade biológica.

[...]

Assim, caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. (REsp N.º. 833.712/RS)

Outro precedente que aborda o assunto de modo oportuno e adequado, colocando em relevo o tema da identidade pessoal, é o RE 248.869/SP, julgado no STF em 2003. Nele, é afastada uma suposta inconstitucionalidade do § 4º do artigo 2º da Lei 8.560/92 – lei que estabelece regras de procedimento para a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. O Min. Maurício Corrêa assenta em seu voto a noção de que a proteção da intimidade do pai não prevalece quando contraposta com a legitimidade especial do Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade, de forma que não seja incentivada a irresponsabilidade paterna:

Tal preceito [princípio constitucional que assegura a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas], como se sabe, deve ser entendido com temperamentos, sobretudo quando se trata de situação que põe em jogo a vida de menor, que merece da ação estatal o amparo indispensável. Essas questões adstritas à imagem das pessoas não ficam comprometidas, tanto mais que a própria lei criou mecanismos de salvaguarda para que sejam elas protegidas (Lei 8560/92, artigos 5º e 6º). O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. De qualquer sorte essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. (RE 248.869/SP)

Em outro trecho de seu voto o Min. Maurício Corrêa assenta a importância do direito à identidade biológica e pessoal, situando tal direito no âmbito da garantia maior da dignidade da pessoa humana. Ainda que o caso não se refira especificamente à possibilidade de realização do exame de DNA, Corrêa deixa

evidente que os temas da ancestralidade, da verdade pessoal e da identidade são controversos e demandam especial atenção por parte do intérprete:

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin 'a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal. (RE 248.869/SP)

Ambos os precedentes expostos demonstram que o assunto da investigação da paternidade, a despeito do conhecido precedente do STF e da Súmula 301 do STJ, é complexo, e permanece aberto a novas discussões e interpretações. Tais precedentes podem ser considerados como dois capítulos que outrora foram acrescentados à questão genérica da investigação de paternidade e origem genética. Como lembra Ronald Dworkin, novos capítulos podem muito bem trazer inovações e alterar o estado de coisas anterior; devendo, entretanto, ser mantida a coerência que o direito como Integridade pressupõe:

Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>36</sup>

O que nos parece absolutamente inadequado é uma postura que situe o assunto da investigação de paternidade como um problema já resolvido no país, que não está mais plenamente aberto ao debate – parece não subsistir, em definitivo, a afirmação de que a discussão sobre o tema tenha sido encerrada a partir da tomada de posição do Supremo Tribunal Federal, ainda no julgamento do *Habeas Corpus* de 1994, e que a edição da Súmula Nº. 301 do STJ tenha solucionado o assunto peremptoriamente. Uma verdade absoluta que almeje sobrepor-se ao debate deve

---

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald (2007 : 276)

ser combatida, pois equivale a um dogma, tal como bem assevera Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros:

A redução do Direito a uma leitura dogmática se revela inadequada para lidar com as crescentes complexidades e transformações vivenciadas no estágio contemporâneo de estruturação da sociedade, definido por Zygmunt Bauman como sendo de uma modernidade líquida.<sup>37</sup>

Em síntese, entendemos que a posição que procuramos defender nesse último capítulo – de acordo com a qual não haveria vedação absoluta à realização impositiva do exame de DNA na sistemática jurídica brasileira, considerando as peculiaridades ínsitas a alguns casos concretos específicos – pode ser perfeitamente vista como um novo capítulo acrescido ao tema, que não incorre, de modo algum, em qualquer falha de coerência sistêmica.

---

<sup>37</sup> MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. (2007 : 15)

## CONCLUSÃO

Nas considerações introdutórias do presente trabalho assentamos a relevância do debate sobre a paternidade e a origem genética em nossa sociedade, ainda mais quando se vislumbra novas possibilidades de ação e de pensamento em face das recentes inovações tecnológicas da modernidade. A partir dessa constatação inicial, procuramos centralizar o escopo de nossos esforços na exposição de pretensas incorreções vinculadas às premissas em que se baseia a Súmula N.º. 301 do Superior Tribunal de Justiça, bem como na inconveniência que a aplicação descuidada do entendimento sumulado pode suscitar.

Verificamos que os precedentes do STJ não diferenciam com a indispensável precisão conceitual as noções de origem genética e paternidade. A Constituição Federal de 1988 teve o mérito de estabelecer inequivocamente que a paternidade não pressupõe necessariamente vinculação genética; o texto constitucional prestigia, em igualdade absoluta de condições, as outras formas de filiação, que merecem em definitivo igual dignidade. Vimos ainda a necessidade de situar a noção de afetividade como o centro conformador da paternidade. Nesse ponto, comprovamos que a utilização descuidada dessas questões conceituais tem imprimido, de certa maneira, tratamento inadequado aos casos concretos afetos ao Superior Tribunal de Justiça.

Assentamos ainda que a fixação da presunção relativa inserida na Súmula N.º. 301 do STJ não necessariamente irá conduzir à solução mais adequada para o caso concreto – a utilização desse expediente processual num evidente *prêt-à-porter* é pouco recomendável, sobretudo em face das peculiaridades das situações da vida. Evidenciamos de forma contundente a dificuldade de a presunção ser efetivamente elidida no caso concreto, considerando a natureza própria das relações afetivas – situação que demonstramos estar claramente presente nos precedentes da citada Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Da avaliação desses precedentes é possível inferir que a recusa à submissão ao exame atuou, de forma majoritária, como fundamento básico para a imputação da paternidade no caso concreto.

Nesse contexto, a partir da constatação das perplexidades inseridas na aplicação descuidada da presunção relacionada à Súmula 301 do STJ, propusemos que o campo de sua incidência não deve, de modo algum, ser ilimitado. Ao contrário, evidenciamos a existência de hipóteses em relação às quais o estabelecimento de uma presunção em contrário – ressalte-se, uma mera consequência processual – não tem qualquer significado, e a integração de um direito fundamental dependerá necessariamente da realização do exame de DNA. Nessa ordem de ideias, tenderá a ser insubsistente um quadro de inflexível impossibilidade da realização do exame, quando se tem em vista a possibilidade de um resultado prático manifestamente iníquo na situação da vida objeto da decisão.

A partir da exposição dessas paradoxais constatações sobre o cenário de criação e de aplicação da Súmula Nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça, parece-nos evidente que os julgadores devam atuar com cautela e especial diligência quando envolvidos às questões que aludam ao tema da paternidade e da origem genética. A simples menção genérica a uma súmula de jurisprudência, ou ainda, a alguma decisão judicial, por certo não realizam o dever da necessária fundamentação das decisões judiciais, sobretudo quando as peculiaridades das situações concretas demandem tratamento específico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O Reconhecido Hábito Social de “Ficar” como Elemento Ponderável de Prova na Busca do Reconhecimento da Paternidade**. In: BASTOS, E. F; SOUSA, A. H. (Coord.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 155-161, 2006.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires, Ed. Zavalia, Tomo 1, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo**. In: Carmem Lúcia Silveira Ramos; José Antônio Peres Gediél; Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 41-46, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A beatificação do DNA**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=305>>. Acesso em: 05abr.2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Sobre peixes e afeto**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=286>>. Acesso em: 11abr.2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, nº. 141, p. 100-109, 1999.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em: 18 mar. 2009a.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº. 301 do STJ**. Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 20 out. 2008b.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>>. Acesso em: 12 mar. 2009b.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Editora Magister, Nº 5, p. 5-22, 2008a.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Estado Democrático de Direito, Igualdade e Inclusão: a Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. [Dissertação de Mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. **Legitimidade e Interpretação nas Súmulas Jurisprudenciais: Um Estudo a Partir da Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho**. [Dissertação de Mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2006.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética**. Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: \_\_\_\_\_. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-16, 2000.

\_\_\_\_\_, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo, Ed. Atlas, 2005.