

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Gabriela Oliveira Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-559-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

Apresentação

O XI Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022, na cidade de Santiago no Chile, com a temática “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”. Após 2 anos de realização dos eventos em ambientes virtuais, finalmente, foi possível retomar à realização deste evento em formato presencial, fato que registramos com grande felicidade, não só por marcar o encerramento de um triste momento histórico, mas também pela grandiosidade dos debates realizados diante da interação pessoal entre Acadêmicos, Mestres e Doutores.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” proporcionaram valiosos debates e contribuições teóricas para a pesquisa do Direito Processual, ilustrando o estado da arte do pensamento jurídico-processual atual. A construção do Estado Democrático de Direito e as modificações sociais e tecnológicas da sociedade contemporânea exigem a revisitação de institutos processuais. E, por isso, a partir dos artigos apresentados, verifica-se a grande relevância do estudo da tecnologia alinhada ao Direito Processual, de modo a buscar, na atual sociedade da informação, uma evolução da atividade jurisdicional, em equilíbrio com o acesso à jurisdição e com o devido processo legal. Assim, foram abordadas temáticas como inteligência artificial, virtualização da jurisdição, políticas de informatização, *amicus curiae*, justiça restaurativa, teorias da decidibilidade, dentre outros.

Mesmo após decorridos 6 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que algumas alterações nele trazidas são continuamente objeto de debate, com destaque para a questão dos precedentes e a atuação dos Tribunais Superiores, dentre outros. Nesse passo, foi objeto de destaque deste GT a preocupação dos processualistas com as novidades que emergem no cenário jurídico, seja por construções jurisprudenciais e doutrinárias, como é o caso do processo estrutural, seja por deliberações legislativas, como é o exemplo da desjudicialização da execução civil.

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” do XI Encontro Internacional do CONPEDI, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica.

Prof.^a Dr.^a Gabriela Oliveira Freitas

Universidade Fumec

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

A PRESUNÇÃO E O DIREITO DA PERSONALIDADE

THE PRESUMPTION AND RIGHT OF PERSONALITY

Maria Cristina Zainaghi

Resumo

No desafio de apresentar um trabalho versando sobre a prova e o direito da personalidade, nos vimos diante de um tema bastante auspicioso e de importância nos diversos ramos do direito processual e material, pois a questão probatória é o assecuratório do resultado do provimento jurisdicional e, quando na legislação pretendemos incluir a presunção como forma de certeza, ou seja, como uma forma probatória assertiva, porém não obrigatoriamente, indiscutível. Não podemos olvidar que a prova assegura a concessão da tutela jurisdicional pretendida, sendo o meio pela qual a parte comprova seu direito, fator essencial para obter o direito pretendido. Assim a presunção impacta diretamente na questão probatória e no resultado final do provimento jurisdicional, inclusive sendo o fator que vai garantir o próprio resultado do provimento solicitado. Para buscarmos essas respostas necessário será debatermos, ainda que sucintamente, a questão da verdade formal e da verdade real, bem como a própria presunção e sua relação com o ônus processual. Abordaremos então a questão da comprovação do direito e a presunção e como ela afetara o direito da personalidade da parte que vê tolhido na sua vontade. Para conseguirmos apresentar o tema, utilizaremos como método de pesquisa a metodologia lógica-intuitiva, com revisão bibliográfica de autores nos temas abordados.

Palavras-chave: Personalidade, Presunção, prova, dignidade, Verdade

Abstract/Resumen/Résumé

In the challenge of presenting a paper dealing with the proof and the right of personality, we faced a very auspicious and important theme in the various branches of procedural and material law, because the evidential question is the ascurative result of judicial provision and, when in legislation we intend to include presumption as a form of certainty, that is, as an assertive probative form, but not necessarily, indisputable. We cannot say that the evidence ensures the granting of the intended judicial protection, being the means by which the party proves its right, an essential factor in obtaining the intended right. Thus, the presumption directly impacts the probative question and the final result of the judicial provision, including the factor that will guarantee the very result of the requested provision. To seek these necessary answers, we will discuss, even briefly, the question of formal truth and real truth, as well as the presumption itself and its relationship with the procedural burden. We will then

address the question of proof of law and presumption and how it had affected the personality's right of the party it sees to hold in its will. In order to present the theme, we will use as a research method the logic-intuitive

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality, Presumption, proof, dignity, Truth

1. Introdução.

No desafio de apresentar um trabalho versando sobre a prova e o direito da personalidade, nos vimos diante de um tema bastante auspicioso e de importância nos diversos ramos do direito processual e material, pois a questão probatória é o assecuratório do resultado do provimento jurisdicional e, quando na legislação pretendemos incluir a presunção como forma de certeza, ou seja, como uma forma probatória assertiva, porém não obrigatoriamente, indiscutível.

Não podemos nos esquecer que a prova assegura a concessão da tutela jurisdicional pretendida, sendo o meio pela qual a parte comprova seu direito, fator essencial para obter o direito pretendido.

Assim, a presunção impacta diretamente na questão probatória e no resultado final do provimento jurisdicional, inclusive sendo o fator que vai garantir o próprio resultado do provimento solicitado.

Para buscarmos essas respostas necessário será debatermos, ainda que sucintamente, a questão da verdade formal e da verdade real, bem como a própria presunção e sua relação com o ônus processual.

Abordaremos, então, a questão da comprovação do direito e a presunção e como ela afetara o direito da personalidade da parte que vê tolhido na sua vontade.

Para conseguirmos apresentar o tema, utilizaremos como método de pesquisa a metodologia logica-intuitiva, com revisão bibliográfica de autores nos temas abordados.

Assim damos início ao debate.

2. Verdade formal e verdade real.

Ao dar-se início a uma ação, o autor na petição inicial além de apresentar os fatos e fundamentos jurídicos de seu direito, deverá ainda declinar os meios probatórios que serão utilizados, bem como já de plano acostar à inicial as provas que comprovam o seu direito material.

Quando da contestação e/ou reconvenção o mesmo deverá ser obedecido.

Moacyr Amaral ensina que:

“Provar, porém, é bem “o meio pelo qual a inteligência chega a descoberta da verdade”. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade” (Santos: 1983. p. 2)

Na comprovação dos fatos é que teremos a necessidade das provas, como nos ensina Gildo dos Santos, que assevera:

“A função da prova é apuração da verdade. Do ponto de vista objetivo ou prático do processo é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, através do convencimento, compor a lide.”
(Santos: 1979. p.4)

“À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova, cujo estudo será objeto dos capítulos seguintes” (Lopes:2002. p. 25)

Dentro dessa demonstração dos fatos, na busca da verdade, é que nos deparamos com um inquestionável conceito filosófico, ou seja, a verdade é o que convence o outro (juiz), não necessariamente o que é real.

A verdade é o que se acredita e, vemos que isso é muito relativo principalmente nos dias de hoje.

No processo, ao ver o conceito de verdade, apresentamos a mesma subdividida em duas espécies, quais sejam: a verdade formal e a verdade real. A verdade formal, presente no processo civil, que se caracteriza pela verdade demonstrada pelas provas. Já a verdade real se relaciona com o direito penal, ou seja, a verdade mais próxima da realidade, ou apesar da impropriedade, a verdade verdadeira.

De qualquer forma, a verdade se relaciona com o que convence o juiz, assim certamente o ônus probatório é essencial na busca e obtenção da verdade, ou na formação da convicção do juiz, que se valerá do princípio da persuasão, que deverá, ser motivado.

Assim a credulidade do juiz, se apresentará na sentença, quando ao proferir a sua decisão fundamentará a formação de seu convencimento, podendo, em algumas vezes¹ se valer da presunção sobre o fato alegado.

3. Ônus probatório e presunção da verdade

Na necessidade estabelecida pelo processo de se obter a verdade, o legislador atribuiu essa obrigação ao autor da ação, cabendo, pois a ele, o ônus de provar o que alega.

¹ Esse é o caso por exemplo da presunção de paternidade prevista no artigo 1597 do Código Civil, que assevera:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

“Antes do exame do ônus da prova importa registrar que as partes têm o ônus da alegação dos fatos que servem de base para os seus pedidos (pedido de procedência, pedido de improcedência” (Lopes: 2002. p. 39)

Assim ao autor cabe demonstrar ao julgador o seu direito material pleiteado na ação.

“O *ônus probandi* traduz-se, para a parte a quem incumbe o encargo de fornecer a prova do facto alegado, nas consequências negativas para a sua pretensão, decorrente de ser dado como líquido e certo o facto contrário, por esta a ter omitido, ou não ter logrado realizar essa prova, ou ainda, ver-se na contingência de sofrer tais consequências se dos autos não resultarem provas bastantes e suficientes desse facto, que tenham ou não sido trazidos para o processo pela mesma parte” (Rangel: 2000. p. 97)

O direito processual civil estabelece, como regra, que ônus compete ao autor quanto aos fatos alegados na inicial e, ao réu quanto aos fatos que se contrapõem ao direito do autor, ou seja, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Neste sentido o antigo artigo 333² do Código de Processo Civil, foi repetido no artigo 373³, primeira parte, Código de Processo Civil.

Em regra geral, esse dispositivo é correto, todavia haverá situações em que se estabelece uma afronta ao próprio direito ao acesso à Justiça, na medida em que o autor não tem de imediato as provas.

Assim podemos ter a necessidade de a presunção ser utilizada. Claro que até a natureza probatória da presunção se discutiu, podendo a mesma ser colocada como uma “modalidade de prova indireta, ou seja, a partir de um raciocínio baseado em fato conhecido e provado, chega-se, dedutivamente, a outro fato (fato probando)” (Lopes: 2002. p. 66)

² Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

³ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

Moacyr Amaral, também se dedicou a estabelecer um conceito ao tema, tendo nos ensinado sobre o mesmo que:

“é a ilação que se tira de um fato conhecido para se provar a existência de outro desconhecido. Poder-se-á também dizer que as presunções são as consequências que resultam dos constantes efeitos de um fato: *ex eo quad plerumque fit ducanter presumptiones*. Ou, mais precisamente, na definição de CARNELUTTI, são consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido.” (1983.p. 81)

Assim o Código Civil, no inciso IV do artigo 212, prevê claramente a possibilidade da presunção. Já no Código de Processo Civil, ela aparece, especificamente no artigo 374⁴, onde se dispensa a prova nas hipóteses de presunção legal de existência ou de veracidade.

“A presunção legal, presunção *iuris et de iure*, que é irrefragável, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris et de iure*, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório.” (Pontes de Miranda: 1974. p.235)

A presunção em alguns casos vem garantir a própria condição probatória tanto que se passou a valer da presunção legal em alguns casos em que a prova era impossível de ser cumprida, como por exemplo, nos casos em que se necessita do DNA.

O Superior Tribunal de Justiça em 2004, sumulou no sentido de que haverá presunção de paternidade sempre que o réu em ação de investigação, se recusar a conceder o DNA. Diz a Súmula:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade. (SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425)

⁴ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Essa súmula vem aplicada conjuntamente com os dispositivos insertos no Código Civil, onde se passou a aceitar essa presunção. Assim os artigos 231 e 232 dizem:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Neste ponto surge a pergunta: Estamos diante de uma afronta ao direito da personalidade ou a contrário sensu, estamos apenas assegurando o direito da personalidade do Autor?

3.1. Divisão da presunção.

Entendemos importante ressaltar, ainda que sucintamente, que a presunção poderá ser legal ou comum.

Na presunção legal se deduz um fato estabelecido em lei, como na hipótese de a paternidade ser presumida ao marido nos 300 dias após da dissolução do casamento, mencionada, no já transcrito artigo 1597⁵. Neste artigo temos outra presunção importante que diz respeito a reprodução homóloga, onde a paternidade é presumida mesmo após a morte do pai. (inciso III).

Essa presunção legal terá subespécies, que são: absolutas e condicionais.

A presunção legal absoluta, não admitira prova em contrário, ou seja, “deduz de certos atos ou fatos, estabelecendo-a como verdade, ainda que haja prova em contrário” (Moacyr Amaral: 1983. p. 81)

A presunção legal condicional se entende resultante do fato ou ato que a lei expressa mente estabelece como verdade, desde que não se faça prova do contrário.

“Entre as presunções legais, as presunções, que estão na lei e não são de *iure* (em que se admite prova contrária), apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais, há as presunções mistas, a respeito das quais a lei, admitindo prova em contrário, especifica algum ou alguns meios de provas.” (Pontes de Miranda: 1974.p. 234)

O artigo 1957, por exemplo, é uma presunção legal *iure*, pois a presunção da paternidade admite prova em contrário, inclusive arguida em sede de ação negatória, desde que se faça

⁵ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: ...; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; ...

prova em contrário, ou seja, o pai registral que eventualmente tenha sido levado a erro, poderá negar essa paternidade (negando a presunção legal) desde que prove o erro e que não tenha havido a existência de paternidade socioafetiva.

Neste sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.814.330/SP, que teve como relatoria a Ministra Nancy Andrighi,:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Ação negatória de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento ajuizada em 02/09/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 01/03/2019 e atribuído ao gabinete em 31/05/2019.

2. O propósito recursal é definir se é possível a declaração de nulidade do registro de nascimento do menor em razão de alegada ocorrência de erro e de ausência de vínculo biológico com o registrado.

3. O art. 1604 do CC/02 dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Vale dizer, não é possível negar a paternidade registral, salvo se consistentes as provas do erro ou da falsidade.

4. Esta Corte consolidou orientação no sentido de que para ser possível a anulação do registro de nascimento, é imprescindível a presença de dois requisitos, a saber: (i) prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e (ii) inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho. Assim, a divergência entre a paternidade biológica e a declarada no registro de nascimento não é apta, por si só, para anular o registro. Precedentes.

5. Na hipótese, apesar da inexistência de vínculo biológico entre a criança e o pai registral, o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de erro ou de outra espécie de vício de consentimento a justificar a retificação do registro de nascimento do menor. Ademais, o quadro fático-probatório destacado pelo Tribunal local revela a existência de nítida relação socioafetiva entre o recorrente e a criança. Nesse cenário, permitir a desconstituição do reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.814.330/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 28/9/2021.)

Ainda para corroborar a presunção legal condicional, é possível ao pai que foi induzido a erro tentar negar a presunção constantes dos artigos 1596⁶ e 1601⁷ do Código Civil.

4. Direito da personalidade.

“A personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. Esta afirmação não deve causar estranheza porque respeita o sentido etimológico da palavra.” (Vasconcelos: 2019. p.5)

O Código Civil, trata do direito da personalidade sob dois pontos, quais sejam: a) personalidade e b) direitos da personalidade.

Como sabemos o direito brasileiro adota a teoria natalista, daí o artigo 2º do Código Civil, estabelecer que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Assim primeiramente o legislador civil começa a legislar dando o início da personalidade.

Posteriormente dedica os artigos 11 até 21 para estabelecer os direitos advindos da personalidade.

⁶ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

“Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direito da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica corrente essa designação é reservada àqueles direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o “*minimum*” necessário ao seu conteúdo.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria im susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que constituem a medula da personalidade.

“(De Cupis:1961. p.17/18)

O direito da personalidade tem um espectro amplo, sendo relacionado em diversos pontos como direito à integridade física, aqui se relacionando a proteção da vida, ou seja, a garantia ao de decisão quanto ao próprio corpo em tratamento; o direito à integridade intelectual, aqui relacionado a produção intelectual da pessoa e os direitos inerentes; outro ponto diz respeito ao próprio direito à integridade moral, aqui relacionando a personalidade, a reputação da parte.

Veja-se que o direito da personalidade é de todo complexo, e aborda diversos pontos do direito subjectivo, inclusive alguns referendados também como direito fundamental, inserto no artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso X que afirma: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Neste ponto podemos pensar na questão probatória de material genético, especificamente o DNA, e a presunção advinda da recusa no fornecimento.

Seria essa presunção ofensiva ao direito da personalidade da parte?

4. Presunção x Personalidade.

Após fazermos um breve estudo sobre os institutos da presunção e da personalidade, nos cabe a discussão de verificar se, as presunções legais, mesmo que condicionadas, não ferem o direito da personalidade, notadamente, nas questões advindas do direito de família.

Então vejamos: por exemplo o acórdão em que se pretende a comprovação da paternidade biológica em detrimento da paternidade registral. Sucede que no processo a dubiedade quanto a prova de DNA, sendo a primeira negativa e a segunda positiva. O Superior Tribunal de Justiça no caso entende que se deve anular ambos os exames, posto que, a prova neste caso é dúbia e, impede a busca da verdade real. Neste Recurso Especial n. 1.742.152, de relatoria do Ministro Raul Araújo, publicado no Diário da Justiça de 31/08/2022:

1. O direito de saber a sua origem é um direito personalíssimo que, conexo ao estado de filiação (que é um direito de família), permite ao filho satisfazer uma necessidade psicológica e conhecer, por intermédio do descobrimento de seus pais biológicos, a sua história (origens culturais, sociais e genéticas), com as suas relevantes repercussões como a preservação dos impedimentos matrimoniais e a descoberta de doenças hereditárias para fins preventivos e terapêuticos.

Ora, num caso como esse, e pelas próprias assertivas do Ministro Relator, vemos que a utilização da prova de DNA, neste caso é assecuratória do direito de personalidade e, até do próprio princípio da dignidade humana.

Nesta seara, podemos ampliar a interpretação da Sumula 301 do Superior Tribunal de Justiça, como uma forma de garantir uma necessidade psicológica da parte de ter em sua certidão a declaração de um pai.

Novamente, podemos atenuar a assertiva de que a presunção seria arbitrária, para a contrario sensu, deduzirmos que a mesma assegura ao requerente, nos casos de paternidade, que a presunção se sobreponha a impossibilidade de se produzir a prova nas hipóteses em que há recusa da parte em fornecer o material genético.

O que poderia ser arbitrário, nos parece, que realmente é um ato garantidor do direito da personalidade como é sua arvore genealógica.

Esse posicionamento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, vem sendo aplicado, reiteradamente, pelo Tribunal, exatamente para garantir o direito da personalidade, ainda que se valendo da presunção legal condicional. Exemplificando temos o recém julgado Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.501.471/PR, de relatório do Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/5/2022:

PROCESSUAL CIVIL E FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RECUSA INJUSTIFICADA AO EXAME DE DNA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 301/STJ. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE PATERNIDADE. INDÍCIOS DE RELACIONAMENTO ÍNTIMO. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. "O filho tem o direito de buscar sua identidade biológica a qualquer tempo, não ocorrendo decadência ou prescrição da pretensão, pois busca conhecer a verdade real e, conforme o caso, alterar o assento de nascimento"(AgRg no AREsp 309.548/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe de 03/06/2014).

2. Nos termos da Súmula 301/STJ, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

3. No caso dos autos, a Corte de origem consignou que, embora as provas produzidas nos autos não permitam a certeza da paternidade, configuram indícios de que houve um relacionamento entre o agravante e a mãe biológica da agravada, o que faz com que a paternidade somente possa ser afastada mediante a realização do exame de DNA, que o recorrente se recusou a fazer, sem justificativa plausível,

impondo-se o reconhecimento da paternidade na forma pleiteada.

4. Agravo interno provido para, em nova análise, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp n. 1.501.471/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 1/8/2022.)

No mesmo sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA EXORDIAL. Descabimento. Fatos foram devidamente apresentados naquela peça, com indicação clara do pedido e causa de pedir, o que restou manifesto pelo teor impugnativo das defesas apresentadas. PROVA PERICIAL. Impossibilidade de realização de exumação do investigado, não só em virtude do lapso temporal decorrido, como também pela hipossuficiência do autor e da distância onde se encontram os restos mortais do suposto pai (no estado de Goiás). Herdeiros do "de cuius", supostos irmãos, que se negaram reiterada e injustificadamente, a se submeterem à perícia para realização de exame de DNA. Presunção de veracidade das alegações do autor, trazida pela Súmula nº 301, do E. STJ, abrange também os herdeiros biológicos do investigado, que se recusam a se submeter ao exame pericial indireto. Presunção iuris tantum de paternidade declarada. Precedentes. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1073585-74.2014.8.26.0100; Relator (a): Márcio Boscaro; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 25/08/2021; Data de Registro: 25/08/2021)

Múltiplas decisões ratificam a presunção como assecuratória do direito da personalidade do requerente, nos casos trazidos como exemplos, também aqui no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.908.062/MS, de relatoria do Ministro Marco Buzzi., julgado em 25/4/2022, se asseverou:

4. Quanto à alegada violação aos artigos 231 e 232 do Código Civil e 2º - A, parágrafo único, da Lei n. 8560/92, também não assiste razão ao insurgente. Da leitura do acórdão recorrido, nota-se que o Tribunal local, à luz dos elementos de prova acostados aos autos, assentou que o reconhecimento da paternidade fundamentou-se no comportamento desidioso e nas reiteradas recusas do próprio recorrente em proceder à realização do exame de DNA, o que gerou presunção indisfarçável do vínculo biológico.

5. Conclusão

Como sabemos, a prova é o ponto mais importante do direito, na medida em que não podemos obter um provimento jurisdicional se não houver uma forma clara de comprovar o direito da parte.

Neste sentido, sabemos que o juiz como responsável por conferir ou não o provimento jurisdicional, tem que analisar os dados trazidos pelas partes para poder decidir de forma justa, ou ao menos daquela que mais se aproxima da justiça.

Neste ponto, buscamos discutir a prova indireta que é a presunção legal e, sua aplicação de forma incisiva que vem, de certa forma, suprir a obrigação probatória da parte.

Passamos então a questionar se essa presunção de verdade não afrontaria o direito da personalidade da parte, principalmente porque poderia ser uma alteração da obrigação de provar, inserta no Código de Processo Civil, que por regra, confere essa obrigação ao autor.

Todavia, temos que observar que as vezes essa prova se torna impossível, daí ter o legislador processual inclusive admitido a inversão do ônus probatório.

Ora, poderíamos estabelecer que a presunção é uma forma de inversão probatória que visa conferir um direito à parte, a medida que a mesma, senão se vale da presunção não haveria meio para comprovar sua alegação.

Vemos isso claramente nas hipóteses das ações de investigação de paternidade, onde o exame de DNA é o principal meio probatório que, todavia, se tornava impossível de utilizar por resistência da parte, ao se recusar o fornecimento de material genético para a perícia.

Estaríamos diante de um ônus probatório diabólico, pois não seria possível se exigir que a parte fornecesse o material.

Nesta hipótese, claramente, a presunção é um ditame assecuratório do direito da personalidade, pois, como vimos todos tem direito a conhecer suas origens, inclusive com fatores psicológicos inseridos a parte.

Diante dessas digressões podemos responder, categoricamente, que a presunção garante o direito da personalidade e até ousaria dizer que assegura também o próprio direito à dignidade da pessoa humana, de ter conhecimento de sua ancestralidade.

7. Referência bibliografia

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Tratado de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADRE, Aldo. Teoría general del proceso. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. t. I.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 2003.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Traduzido da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. Buenos Aires: Delpalma, 1943.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2000.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Estudios diversos de derecho procesal. Barcelona: Bosch, 1985.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. Teoria das provas e sua aplicação aos atos civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1942. v. I.
- COUTURE, Eduardo J. Interpretação das leis processuais. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do direito processual civil. Campinas: Red Livros, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora: 1961.
- GOZAÍNÍ. Teoría general del derecho procesal — jurisdicción, acción y proceso. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difuso. In: *Ajuris* /80.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Edis. Ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- IORIO, Alfredo J. Di. Lineamentos de la teoría general del derecho procesal. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- IORIO, Alfredo J. Di. Temas de derecho procesal. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao código de processo civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VIII, t. I.
- LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre: Sulina, 1953.
- LESSONA. Carlo. Teoria dele prove. Firenze: Casa Editrice Libreria. 1899.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2002.
- MACHADO, Antonio; PIMENTA, Paulo. O novo processo civil. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos — conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. III.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971. t. XVI.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XIII.

NEVES E CASTRO. Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos – Editor, 1917.

RANGEL. Rui Manuel de Freitas. O ónus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina. 2000.

SANTOS. Gildo dos. A prova no processo civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. 5ª edição. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva. 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. 5ª edição. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva. 1983.

SATA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. I e II.

SCHÖNKE, Adolfo. Derecho processual civil. 5. ed. alemã. Tradução L. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

TELLES, José Homem Corrêa. Doutrina das ações. Rio de Janeiro: B. L. Guarnier, 1880. Atualizado por Augusto Teixeira de Freitas.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo civil. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Edições Almedina. 2019.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso de processo civil avançado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. I.