

A prova pericial e o princípio do livre convencimento do juiz

Solange Tomiyama

Doutora e mestra em Direito Ambiental pela PUC-SP. Professora da Graduação da UNIP. Advogada.

Resumo: O artigo aborda a relação entre a prova pericial e o livre convencimento judicial, com ênfase na investigação de paternidade. Destacam-se a autonomia do juiz na apreciação das provas, a influência da recusa ao exame de DNA na presunção de paternidade, conforme a Súmula nº 301 do STJ, e a importância de outras evidências periciais além do DNA. Conclui-se que a recusa ao exame de DNA não implica automaticamente o reconhecimento da paternidade, e que o juiz tem liberdade para analisar todas as provas disponíveis na formação de sua convicção, conforme estabelecido pelo artigo 232 do Código Civil.

Palavras-chaves: Prova pericial. Livre convencimento. Investigação de paternidade. Recusa exame DNA. Presunção de paternidade.

Sumário: **1** Notas introdutórias – **2** Do sistema de apreciação das provas – **3** Súmula nº 301 do STJ e a presunção *juris tantum* (relativa) – **4** A importância de outras provas periciais – **5** Conclusões – **6** Referências

1 Notas introdutórias

A prova pericial desempenha um papel fundamental no sistema jurídico brasileiro, especialmente quando se trata de questões sensíveis, como a investigação de paternidade. Nesse contexto, o princípio do livre convencimento do juiz ganha destaque, permitindo que o magistrado forme sua convicção de acordo com os elementos probatórios apresentados nos autos. No entanto, a interpretação e a aplicação desse princípio, especialmente diante da recusa em se submeter ao exame de DNA, têm suscitado debates e levantado questões sobre a presunção de paternidade.

Este artigo propõe uma análise detalhada da prova pericial e sua relação com o princípio do livre convencimento do juiz, considerando os dispositivos legais pertinentes e a jurisprudência consolidada. A partir de uma revisão abrangente da literatura jurídica, serão explorados os seguintes aspectos: o sistema de apreciação das provas, a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça e a presunção *juris tantum*, a importância de outras provas periciais. Por fim, serão apresentadas conclusões fundamentadas.

Por meio dessa investigação, busca-se não apenas compreender a aplicação prática desses conceitos no âmbito jurídico, mas também contribuir para o aprimoramento do entendimento e da interpretação das normas que regem a prova pericial e o livre convencimento do juiz. É essencial examinar de forma crítica e reflexiva como esses princípios e dispositivos legais se relacionam e impactam as decisões judiciais, especialmente em casos delicados que envolvem a determinação da paternidade.

2 Do sistema de apreciação das provas

A prova,

do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *denominação*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado.¹

O juiz é o destinatário da prova,² pois cabe a ele a apreciação livre dela, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas que deverão ser indicados na sentença, fundamentados os motivos que basearam a sua convicção a respeito da existência ou inexistência dos fatos controvertidos no processo.³

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre o magistrado dar as razões de seu convencimento. A decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93, IX). Não se pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou do interessado e porque é aplicável no caso concreto.⁴

Trata-se de uma regra processual atribuída ao juiz para que ele possa buscar a proximidade entre a verdade formal e a verdade substancial, a verossimilhança⁵

¹ De Plácido e Silva, 1999, p. 656.

² Nos termos do artigo 371 do CPC: “Artigo 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

³ Tomiyama, 2006, p. 307-318.

⁴ Nery Júnior; Nery, 2002, p. 481.

⁵ Probabilidade, plausibilidade dos de certo fato ser verdadeiro, mesmo que não tenham deles provas diretas.

dos fatos alegados, por meio do sistema fundamental de apreciação das provas denominado apreciação livre e racional, ou livre convencimento motivado.

O magistrado não mais fica jungido às provas, cujo valor probante não tenha sido previamente estabelecido pelo sistema, pois em regras não há provas aprioristicamente valoradas. Tem o juiz liberdade, como regra geral, de valorar as diversas provas e até de mandar completá-las, desde que isto seja necessário ao seu convencimento, nos casos em que a atividade produtora de prova, pelos litigantes, não resolva suficientemente as questões de fato.⁶

Obviamente, essa valoração recai sobre as provas indiretas, que se manifestam a partir de meios de provas, intimamente ligadas as presunções, pois as provas diretas já possuem uma valoração totalmente atribuída pelo próprio legislador, assim como suas consequências, que não são analisadas pelo juiz, mas sim impostas a ele.

O Código de Processo Civil dispôs a faculdade de livre apreciação das provas ao juiz, desde que ele demonstre na sua decisão os critérios aceitáveis que determinaram a sua convicção.

Como observa Leonardo Grecco,⁷

a isonomia e a impessoalidade da jurisdição (Constituição, arts. 5º-I e 37) exigem que o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz. Esses critérios devem ser extraídos das máximas da experiência comum reconhecidas pela sociedade, cujo uso o juiz deve mencionar, explicando como foram aplicadas no julgamento da verdade fática, para tornar possível o controle do seu emprego adequado.

Nelson Nery Júnior e Rosa Nery acrescentam: “(...) o juiz não está adstrito ao laudo pericial, eis que o nosso ordenamento jurídico adota o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que reclama, apenas, que o magistrado fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico”.⁸

Portanto, não basta que magistrado fundamente a sua decisão, como exige o artigo 93, IX, da Constituição Federal; ele também deve demonstrar os critérios

⁶ Arruda Alvim Netto, 2001, p. 441.

⁷ Grecco, 2004, p. 82.

⁸ Nery Júnior; Nery, 2005, p. 308.

aceitáveis que construíram as razões de seu convencimento, que culminaram na decisão de procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor.

O artigo 232 do Código Civil de 2002 obedece ao sistema de apreciação da prova, uma vez que, diante da recusa de um meio de prova, prescreve que o juiz “poderá” valorar essa recusa dentro dos elementos possíveis de formação de sua convicção.

3 Súmula nº 301 do STJ e a presunção *juris tantum* (relativa)

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade, o que resultou na Súmula nº 301, que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

As partes provar tem o dever de provar a verdade dos fatos em que se fundamenta a ação ou a defesa,⁹ visando à “afirmação positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo”.¹⁰

As provas podem ser classificadas como diretas e indiretas. As diretas compreendem aquelas que tem como objeto o próprio fato a demonstrar,¹¹ isto é, aquelas que traduzem objetivamente, perante o juiz a ocorrência de um fato.¹² Já as indiretas compreendem fatos auxiliares, diferentes do próprio fato probando, mas permitem ao juiz argumentar sobre outros fatos conhecidos para deles deduzir a existência do fato indagado, mas não provado, formulando a sua presunção.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,¹³ as provas indiretas, também chamadas como provas críticas, são por excelência aquelas que se formam “por meio de *presunções*, que, na definição do artigo 2.727 do Código Civil italiano, apresenta[m]-se como consequência que a lei ou o juiz extraem de um fato conhecido para chegar a um fato não conhecido”.

⁹ Artigo 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação ou defesa.”

¹⁰ Aranha, 1996, p. 5.

¹¹ Exemplo de prova direta: contrato de compra e venda, procuração outorgada pelo mandante, testemunho de quem presenciou o ato ilícito etc.

¹² Arruda Alvim Netto, 2001, p. 594.

¹³ Theodoro Júnior, 2005, p. 29, grifo nosso.

A palavra presunção,

do latim *praesumptio* (conjectura, ideia antecipada), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a *dedução*, a *conclusão* ou a *consequência* que se tira de um fato conhecido, para se admitir como *certa*, *verdadeira* e *provada* a existência de um fato *desconhecido* ou *duvidoso*.¹⁴

Portanto, a presunção é um processo lógico-jurídico ligado às provas indiretas, por meio do qual o magistrado exercita a sua atividade dedutiva, “um processo mental consistente em fazer uma ponte entre o fato que se conhece e o que servirá de fundamento para decidir”.¹⁵

A presunção não se confunde com o indício; a diferença entre eles está no fato de ser este “a causa, isto é, é o fato conhecido”, e aquela, “o efeito, isto é, o conhecimento do fato antes ignorado”.¹⁶

A presunção é gênero cujas espécies são as legais e as simples. Existe um traço comum entre as presunções legais e as presunções simples, “pois que ambas são resultados da indução que, partindo de um fato conhecido, infere o desconhecido. Mas entre ambas, há igualmente caracteres diferenciais que nitidamente as distinguem”.¹⁷

A presunção legal é aquela que está expressamente prevista em lei e cujo exame se impõe, ou seja, se coloca de modo imperativo. Ela se divide em presunção absoluta, ou *jure et de jure* – aquela que não admite prova em contrário – e presunção relativa, ou *jure tantum*, aquela que pode ser desfeita por prova em contrário.

A presunção simples é aquela que não depende de lei, pois faz parte da livre avaliação do juiz à luz de critérios subjetivos, com base nos argumentos e provas produzidas que direcionam a sua convicção na solução de litígios.

A partir do momento em que o artigo 232 do Código Civil de 2002 dispôs que o “juiz *poderá* suprimir a prova”, isso na verdade significa que o que se “autoriza é o uso da circunstância de ter a parte se recusado ao exame pericial médico como uma presunção, cuja valoração não deve se dar à luz isoladamente da própria recusa, mas em cotejo com o quadro geral dos elementos de convicção disponíveis no processo”.¹⁸

¹⁴ De Plácido e Silva 1999, p. 637.

¹⁵ Dinamarco, 2001, p. 125.

¹⁶ Maluf, 1978, p. 90.

¹⁷ Maluf, 1978, p. 90.

¹⁸ Theodoro Júnior, 2005, p. 38.

A presunção prevista no artigo 232 é da espécie simples,¹⁹ pois ela permite ao juiz utilizar elementos para formar sua convicção, sem que a recusa em utilizá-la acarrete necessariamente o reconhecimento da paternidade.

4 A importância de outras provas periciais

No âmbito do Direito de Família, especialmente em casos de investigação de paternidade, surge uma discussão relevante sobre a recusa de um dos envolvidos em realizar a prova de DNA e sobre os efeitos dessa recusa na presunção de paternidade. Tradicionalmente, a negativa de submeter-se ao exame de DNA tem sido interpretada como um indício de que a pessoa possui algo a esconder, gerando uma presunção desfavorável à sua posição jurídica.

Contudo, com o avanço da ciência forense, surge a possibilidade de se utilizarem outras formas de prova para determinar a paternidade, como a prova pericial. Esta consiste na análise de elementos como características físicas, genéticas e comportamentais, realizada por profissionais especializados. Assim, a recusa em realizar o exame de DNA não deve ser automaticamente interpretada como uma confissão de paternidade, visto que há outras maneiras de se obter evidências conclusivas.

O exame de DNA é uma espécie de meio de prova robusta que possui um altíssimo percentual de certeza na investigação de paternidade. Entretanto, não é o único e não possui o grau de certeza absoluta, tanto que são admitidos outros meios de provas.

A prova pericial pode ser mais abrangente, levando em consideração diversos fatores que contribuem para a determinação da paternidade; por exemplo, análise de características físicas compartilhadas entre o suposto pai e a criança, histórico médico e familiar. Além disso, a prova pericial pode ser especialmente útil em casos em que a realização do exame de DNA é inviável devido a questões de saúde, como em situações de parentes próximos que compartilham características genéticas com o suposto pai.

Mas a simples recusa da realização do exame de DNA por parte do pai pode significar objetivamente no reconhecimento automático da paternidade do investigado?

Segundo Humberto Theodoro Júnior,²⁰

não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado

¹⁹ Nesse sentido temos Goés (2006, p. 235) e Didier Júnior, 2004, p. 73.

²⁰ Theodoro Júnior, 2003, p. 574.

para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei.

Como já observado, o nosso ordenamento jurídico não admite a imposição do exame pericial sem prévio consentimento; a submissão do direito pessoal em face do direito à integridade física; a inobservância ao direito de personalidade; nem tão pouco a condução coercitiva do investigado a fim de justificar a realização do exame de DNA a qualquer preço e limite.

Dentro do processo de investigação de paternidade, não se admite a objetiva conclusão da recusa ao exame médico essencial acarretar êxito na demanda, seja porque o exame de DNA é considerado um dos meios de prova admitidos, para a formação da convicção do magistrado, seja porque o artigo 232 do Código Civil de 2002 tenha disposto a expressão “poderá” e “não deverá”, isto é, dispôs expressa permissão ao juiz de formar a sua convicção segundo a avaliação de todos os indícios e provas produzidas no processo.

Portanto, se nada foi produzido como prova direta ou indireta que comprove ou fundamente o alegado na inicial, não será razoável, nem tão pouco aconselhável, uma sentença de procedência do pedido baseada apenas no gesto processual do réu de recusa à realização do exame de DNA.

Como observa Schirlei Gonçalves de Oliveira,²¹

a perícia hematológica não pode por si só, ser o fundamento da ação, e se assim for, esta não deve passar da fase de admissibilidade, ou seja, o pedido que se funda única e exclusivamente em prova pericial deve ser rejeitado pelo magistrado. Isso equivale a dizer que a perícia serve apenas, para complementar as demais provas carreadas pelo autor e, se tem o caráter complementar, estando o juiz convencido pelas demais, poderá se assim entender, dispensar a sua produção.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que,

não havendo justificativa para a recusa à perícia, que, em si, não viola ditos direitos, terá de arcar com as consequências de sua inaceitável conduta processual. Essa injusta recusa do demandado funcionará, segundo a jurisprudência tranquila, como ‘indício veemente de que se considera pai do investigante, ou, pelo menos, vê grande possibilidade de que o seja.’²²

²¹ Oliveira, 2003, p. 53.

²² Theodoro Júnior, 2005, p. 37.

Oportuno destacar que os danos provocados por uma paternidade presumida e depois descoberta como falsa são mais graves do que a ausência de paternidade, tanto para o suposto pai quanto para o filho que deseja conhecer o seu verdadeiro pai.

Portanto, o réu tem sim a possibilidade de se recusar a realização do exame de DNA, sem que esse ato processual acarrete automaticamente o reconhecimento da paternidade investigada.

Dessa forma, caberá ao juiz examinar os elementos probatórios apresentados no curso do processo, para que, de acordo com a sistemática de apreciação da prova, forme a sua convicção.

5 Conclusões

O artigo 232 do Código Civil de 2002 inovou ao tratar da recusa da realização à perícia médica, especialmente nos casos de investigação de paternidade, acompanhando a orientação da jurisprudência, que já utilizava da presunção de paternidade no caso de recusa do réu em fazer o exame hematológico.

O artigo 232 do Código Civil previu a presunção simples, pois permitiu ao juiz que utilize outros elementos para formar sua convicção sem que a recusa em utilizá-la acarrete necessariamente o reconhecimento da paternidade.

A recusa do investigado à realização do exame de DNA não pode acarretar obrigatório reconhecimento da paternidade, pois nosso ordenamento jurídico não admite a imposição exame pericial sem prévio consentimento; a submissão do direito pessoal em face do direito à integridade física; a inobservância ao direito de personalidade; nem tão pouco a condução coercitiva do investigado a fim de justificar a realização do exame de DNA a qualquer preço e limite.

Portanto, se nada foi produzido como prova direta ou indireta que comprove ou fundamente o alegado na inicial, não será razoável, nem tão pouco aconselhável, uma sentença de procedência do pedido baseada apenas no gesto processual do réu de recusa à realização do exame de DNA.

A prova é um instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos controvertidos no processo; portanto, ela tem como destinatário o juiz, que fará a apreciação dela de forma livre para fundamentar uma convicção.

Trata-se de regra processual atribuída ao juiz para que ele possa buscar a proximidade entre a verdade formal e a verdade substancial, por meio do sistema fundamental de apreciação das provas denominado apreciação livre e racional, ou livre convencimento motivado.

O artigo 232 do Código Civil inovou ao tratar da recusa à perícia médica, estabelecendo uma presunção simples. Assim, a recusa ao exame de DNA não pode, por si só, levar ao reconhecimento da paternidade. O juiz possui liberdade na apreciação das provas, conforme o sistema processual brasileiro.

Expert evidence and the principle of free persuasion of the judge

Abstract: The article is about the relationship between expert evidence and free judicial conviction, with an emphasis on paternity investigation. We highlight the judge's autonomy in assessing the evidence, the influence of refusing the DNA test on the presumption of paternity according to Precedent No. 301 of the STJ, and the importance of other expert evidence in addition to DNA. It is concluded that refusing the DNA test does not automatically imply recognition of paternity, and the judge is free to analyze all available evidence in forming his conviction, as established by Article 232 of the Civil Code.

Keywords: Expert evidence. Free conviction. Paternity investigation. Refuses DNA testing; Presumption of paternity.

Referências

- ARANHA, A. J. Q. T. C. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. II.
- DE PLÁCIDO E SILVA, O. J. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.
- GOÉS, G. S. T. O artigo 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal. In: DIDIER JÚNIOR, F; MAZZEI, M. (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- GRECCO, L. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, [S. l.], n. 15, p. 76-94, jul., 2004.
- MALUF, C. A. D. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas: sua natureza jurídica e sua eficácia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 262, abr./jun. 1978.
- NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil comentado e legislação Processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, S. G. A presunção de paternidade e o direito de recusar-se ao exame pericial. *Revista Jurídica*, [S. l.], v. 309, jul. 2003.

THEODORO JÚNIOR, H. A prova indiciária no Novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista de Direito Civil e Processo Civil*, Rio de Janeiro, n. 33, jan./fev. 2005.

TOMIYAMA, S. O princípio do livre convencimento do juiz e a Súmula 301 do STJ. In: DIDIER JÚNIOR, F; MAZZEI, M. (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. p. 307-318.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TOMIYAMA, Solange. A prova pericial e o princípio do livre convencimento do juiz. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 153-162, abr./jun. 2024.
