

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

*Valéria Silva Galdino**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da coisa julgada – generalidades; 3. Da questão da paternidade: extensão e características dos direitos envolvidos; 4. Do direito da personalidade; 5. Da verificação da paternidade biológica através de prova científica; 6. Da relativização da coisa julgada nas ações que versem sobre investigação de paternidade; 7. Do acesso ao Poder Judiciário para o reconhecimento da paternidade: Ação rescisória, Ação declaratória e nova propositura de Ação de investigação de paternidade; 8. Da questão da “relativização” da coisa julgada; 9. Sugestão de instrumentos processuais para o deslinde da questão; 10. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho se destina a avaliar, sucintamente, as linhas gerais do instituto jurídico da coisa julgada material, questionando a possibilidade do abrandamento de seus efeitos naqueles casos em que, tendo transitado em julgado a sentença que atribua a paternidade de um indivíduo a outrem, sobrevenha exame genético baseado em comparação de dados de ácido desoxirribonucléico, em que se comprove que na filiação outrora constituída não há laços consanguíneos.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; filiação; instituto jurídico; investigação de paternidade.

ON THE RELATIVITY OF THE JUDGED CASES MATERIAL IN ACTIONS OF PATERNITY INVESTIGATION

* Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá; Advogada em Maringá – PR.

ABSTRACT: This present paper aims at assessing, briefly, the general lines of the juridical institution on judged cases material, questioning the possibility of mitigating its effects on those cases in which, having transited under judged, the sentence that attributes the paternity of an individual on another comes after genetic examination based on comparisons of DNA, in which it is proved that there is no blood links in the previous filiation.

KEYWORDS: Judged cases; filiation; juridical institution, paternity investigation.

DA RELATIVIZAÇÃO DE LA COSA MATERIAL EM LA ACCIONES DE INVESTIGACIÓ DE PATERNIDAD

RESUMEN: E presente trabalho se destina a ecaluar, sucintamente, em líneas generales del instituto jurídico de la cosa juzgada material, cuuestionándose la posibilidad del ablandamiento de sus efectos em aquellos casos de que, habiendo transitado em jugado la sentencia que atribuya la paternidad de um individuo a otro, le viene la exigencia de análisis genético basado em la comparación de datos de ácido desoxirribunucleico, en lo cual se compruebe que em la filiación antes constituída no hay lazos consanguíneos.

PALABRAS CLAVE: Cosa juzgada; filiación; instituto jurídico; investigación de paternidad.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito de Família passou por inúmeras transformações, em decorrência da mudança de valores que regem a sociedade e a própria família. Assim, várias situações surgiram, sem que o ordenamento jurídico as tivesse disciplinado.

Pode-se citar o problema do reconhecimento da paternidade e dos seus efeitos no rol das questões mais polêmicas da nova fase do Direito de Família, tema tratado com exaustão pelos nossos juristas em face da mudança trazida pela Carta Magna de 1988, que igualou em direitos os filhos oriundos ou não do matrimônio.

O reconhecimento da paternidade necessita de análise acurada, uma vez que da declaração de paternidade emanam vários direitos e deveres em relação ao suposto pai e ao filho.

O tema focado já era previsto no Código Civil de 1916, em seu art. 348, que previa a possibilidade de anulação do registro de nascimento no caso de vício de consentimento. Entretanto, ele tomou novos contornos, em consequência dos avanços da ciência no que se refere à comprovação da paternidade mediante o exame de DNA, cujo resultado apresenta mais de 99,99% de acerto, bem como pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança, que vem sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência.

Tal situação traz para o campo do Direito uma discussão que envolve, concomitantemente, a prevalência da prova científica ante o conjunto probatório, a relativização da coisa julgada material, consequência que emana da sentença que declarou ou não a paternidade de alguém, e a aplicação do princípio acima citado.

2. DA COISA JULGADA – GENERALIDADES

O instituto da coisa julgada consiste na imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, ou seja, visa evitar que uma mesma ação seja instaurada diversas vezes. O que o legislador pretendeu foi dar ao provimento jurisdicional um término, proporcionando às partes estabilidade e impedindo assim que elas recorressem eternamente à Justiça, comprometendo a paz social.

Destarte, esse instituto apresenta-se em nosso ordenamento jurídico como pressuposto processual negativo; isto é, para que se possa propor uma ação, é necessário que não haja decisão transitada em julgado em processo judicial anterior em torno da mesma questão. É o que se infere do art. 301, inciso VI, do Código de Processo Civil, que menciona esse instituto como matéria a ser alegada, em preliminar, na contestação a ser apresentada pelo réu.

No mesmo sentido se posicionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Proferida sentença, que tenha efetivamente julgado o mérito, de que já não caiba mais recurso, ocorre a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*). Destarte, não pode a lide já julgada ser novamente submetida ao exame do Poder Judiciário (CPC 467 e 471). Cabe ao réu alegar a preliminar de coisa julgada que, se acolhida, acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito CPC 267 V).¹

A Constituição Federal de 1988 protegeu de modo incisivo a coisa julgada, ao dispor, no inciso XXXVI do art. 5º, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹ *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Acrescente-se que a coisa julgada material só ocorre quando se tratar de sentença de mérito. Atribuem-se a esse tipo de sentença as características de imutabilidade, definitividade (art. 485 do Código de Processo Civil) e intangibilidade (artigo 5º da Constituição Federal).

Denota-se que a coisa julgada material se fundamenta na imperiosa necessidade de pôr fim à apreciação judicial de uma lide através de um processo. Logo, tal instituto é um instrumento importante para garantir a segurança jurídica das decisões judiciais.

Em que pese ao entendimento esposado acima, os doutrinadores têm discutido a relativização da coisa julgada material, porquanto, ainda que enumerada constitucionalmente como direito fundamental, esta não pode ter caráter absoluto quando em confronto com outros princípios também protegidos pelo nosso sistema jurídico, tais como o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), a proporcionalidade, a legalidade, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, etc., que devem ser sopesados conjuntamente com esse instituto para que as decisões sejam justas.

Há, sem dúvida, necessidade de se buscar uma adequação desse instituto à realidade do restante do sistema jurídico, lançando-se mão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Logo, afastar-se-ia a imunização de decisões que ofendessem a moralidade administrativa, a legalidade e a dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o rigor excessivo que se tem apregado em relação a esse instituto pode conduzir a situações injustas - por exemplo, quando se refere à incompatibilidade de seus efeitos com os conceitos básicos de Direito ou à solução de problemas surgidos em decorrência dos avanços tecnológicos oriundos da informática ou da biomedicina.

Aqueles que defendem a relativização desse instituto entendem que devem ser impostos limites à imutabilidade dos efeitos do julgado, buscando-se sempre a verdade real, e não a do trânsito em julgado de uma sentença que jamais teria sido proferida nos moldes em que foi caso existissem outros meios probatórios, como, por exemplo, os científicos.

O rigor formal justificado pela segurança não deve deixar de primar pela justiça, enquanto pacificadora de conflitos de interesses.

3. DA QUESTÃO DA PATERNIDADE: EXTENSÃO E CARACTERÍSTICA DOS DIREITOS ENVOLVIDOS

A filiação, sob a ótica do Código Civil de 1916, era o vínculo que se estabelecia entre pais e filhos. Na verdade, o legislador visualizava uma relação de parentesco

consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. A filiação se classificava em legítima, ilegítima e legitimada.

Apenas aos filhos legítimos e legitimados (oriundos da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção ou se resultantes de união matrimonial posterior ao nascimento) eram assegurados os seguintes direitos: o reconhecimento (tendo como base a presunção), a assistência moral, material e intelectual, direitos sucessórios, etc.

Com o advento da nova Carta Magna, essa distinção deixou de existir, sendo proibidas quaisquer desigualdades discriminatórias entre os filhos, havidos ou não do matrimônio (art. 227, § 6º), o que foi ratificado pelo art. 1.607 do Código Civil Brasileiro e pelas Leis nº 8.069/1990 e nº 8.560/1992.

Atualmente, nem sempre a paternidade decorre de uma conjunção carnal, pois pode provir de inseminação artificial e de fertilização em proveta. Acrescente-se ainda a filiação advinda da adoção ou socioafetiva.

Tanto na legislação anterior quanto na hodierna há uma presunção quanto à paternidade de no mínimo 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal, ou de 300 dias após a dissolução desta (art. 1.597, I e II, do Código Civil Brasileiro).

Nossa legislação determina o período no qual começa e termina a presunção da paternidade, levando em consideração a coabitação, a fidelidade da mulher e o reconhecimento antecipado da filiação feita pelo marido ao contrair matrimônio ou oriunda de inseminação artificial de homóloga e heteróloga. (art. 1.609, inciso I, do Código Civil Brasileiro).

Independentemente de o matrimônio ser válido, nulo ou anulável, se a criança nascer na constância daquele, haverá o reconhecimento dos genitores (art. 1.609, inciso I, do Código Civil Brasileiro).

Em decorrência da impossibilidade de se provar de forma direta a paternidade, o atual Código Civil assenta a filiação legítima num jogo de presunções, uma vez que o art. 1.597 do Código Civil Brasileiro estabelece que se presumem legítimos os filhos concebidos na constância do casamento dos pais.

Assim, o filho de mulher casada é o que foi gerado por seu marido, até prova em contrário por ele produzida (*juris tantum* ou relativa).

A legitimação para propor a ação negatória de paternidade legítima pertence somente ao marido, dentro dos prazos decadenciais estabelecidos no Código Civil; mas, se aquele falecer durante a tramitação do processo, os seus herdeiros poderão prosseguir (art. 1.601 do Código Civil Brasileiro).

Não obstante, o marido só poderá contestar a paternidade através de ação judicial, provando as situações enumeradas de forma taxativa nos artigos 1.599, 1.600, 1.602, e 1.597, inciso V, *in fine*, todos do Código Civil Brasileiro.

Acrescente-se que o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto não basta para elidir a presunção da legitimidade da prole; todavia, desde que comprovado, servirá de prova complementar para a ação negatória de paternidade. Ressalte-se que nem mesmo a confissão materna da prática de adultério constitui prova para afastar a condição de filho legítimo (art. 1.602 do Código Civil Brasileiro).

Se o filho for menor, será nomeado um curador ad hoc, com a participação do Ministério Público, podendo a mãe intervir no feito para assistir o filho.

A sentença proferida será averbada à margem do registro de nascimento (Lei nº 6.015/1973, art. 29, § 1º, b), para que haja a competente ratificação, sendo oponente erga omnes.

A prova da filiação legítima se faz por certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil, conforme os artigos 50 e ss da Lei nº 6.015/1973 e art. 1.603 do Código Civil Brasileiro.

Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta desse registro, salvo provando erro ou falsidade deste (art. 1.604 do Código Civil Brasileiro e art. 113 da Lei nº 6.015/1973).

Na hipótese de ausência de registro (art. 1.605, I e II, do Código Civil Brasileiro), se houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais - conjunta ou separadamente -, por outros documentos que demonstrem a filiação ou a posse do estado de filho, poderá ser requerido em juízo o reconhecimento da legitimidade da filiação.

O reconhecimento de um filho vem a ser o ato que declara e estabelece, juridicamente, o parentesco entre os pais e o filho. É ato declaratório do qual decorrem inúmeros efeitos jurídicos.

Caso haja reconhecimento de paternidade, só será permitido novo reconhecimento se for anulado o primeiro por erro ou falsidade.

O ato declaratório de reconhecimento pode ser de livre manifestação da vontade dos pais ou de um deles ou decorrente de sentença prolatada em ação de investigação de paternidade ou de maternidade, proposta pelo filho, produzindo os mesmos efeitos jurídicos.

Acrescente-se que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercido contra os pais ou seus herdeiros. É ato solene, obedecendo ao disposto no art. 1.609, I a IV, do Código Civil Brasileiro, no art. 26 da Lei nº 8.069/1990 e no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.560/1992.

O reconhecimento de filho maior depende do seu consentimento; quanto ao filho menor, este poderá impugná-lo após a maioridade ou emancipação, desde que o faça no lapso temporal de 4 (quatro) anos, contados a partir daquela, através de ação de contestação de reconhecimento.

Poderá haver reconhecimento de filho falecido, caso este tenha deixado descendentes, reconhecimento que também dependerá do consentimento destes.

O ato de reconhecimento é irrevocabível, contudo pode ser anulado se houver vício de vontade ou se não forem observadas as formalidades prescritas em lei. Não admite condição, termo ou qualquer cláusula que limite ou possa alterar os efeitos previstos na lei (art. 1.613 do Código Civil Brasileiro).

Na hipótese de o registro de nascimento do menor ser feito apenas pela sua genitora, o oficial do cartório deve remeter ao juiz responsável o nome do suposto pai, se possível com a qualificação, para que se proceda de forma oficiosa à imputação de paternidade.

A averiguação oficiosa far-se-á em segredo de justiça, e, caso o suposto pai confirme a paternidade, lavrar-se-á o termo de reconhecimento, remetendo-se a certidão ao oficial do registro para a devida averbação (art. 5º e 6º da Lei nº 8.560/1992).

Quando o suposto pai não se apresenta no lapso temporal de 30 dias após a notificação judicial, ou nega a paternidade, os autos são remetidos ao representante do Ministério Público para que ingresse com a ação de investigação de paternidade (art. 2º, §§ 1º a 5º, da Lei nº 8.560/1992).

O reconhecimento pode ser feito ainda por escritura pública, por escritura particular autenticada, arquivada em cartório, e também por testamento (art. 1.609, inciso II do Código Civil Brasileiro e art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.560/1992)

Embora o reconhecimento judicial tenha caráter pessoal, os herdeiros podem prosseguir com o processo, uma vez proposta a ação.

A investigação pode ser ajuizada contra qualquer um dos genitores, podendo ser contestada por qualquer pessoa que demonstre justo interesse econômico ou moral (art. 1.615 do Código Civil Brasileiro).

A sentença que declarar o vínculo de filiação terá eficácia absoluta, valerá contra todos e produzirá efeitos pessoais e patrimoniais.

Acrescente-se que a sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade deverá fixar os alimentos provisionais ou definitivos daquele que foi reconhecido, caso deles necessite (art. 1.616, 2ª parte do Código Civil Brasileiro e art. 7º da Lei nº 8.560/1992). Deverá, também, haver a averbação no registro competente (art. 29, § 1º, *d*, e art. 109, inciso 4º, da Lei nº 6.015/1973).

A investigação de paternidade é uma ação ordinária que pode ser cumulada com a de petição de herança, com a de alimentos e com a de anulação de registro civil. Pode ser proposta a qualquer tempo, contudo podem prescrever os efeitos patrimoniais, como, por exemplo, o direito à herança.

Na ação de investigação, o difícil é comprovar as relações sexuais. Conta o conjunto probatório apenas com indícios e presunções, sendo o exame do DNA o mais seguro.

4- DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Em sendo a investigatória ação de estado – portanto. Indisponível -, não somente as partes, mas também o Ministério Público e o Poder Judiciário têm o dever legal de colacionar aos autos a prova do direito material.

No caso de as partes não requererem ou desistirem da prova genética, o juiz tem o dever de terminar a formatação da prova. Isso porque o direito de personalidade não é, apenas, direito constitucional, mas, sobretudo, direito natural do ser humano. Tal direito é irrenunciável, é vitalício e necessário à própria dignidade humana.

Em sendo o direito de personalidade (direito ao nome na ação de investigação de paternidade) um direito natural, inerente à condição humana, seria por demais desumano e vexatório admitir-se que o direito material ou processual (que não é considerado um direito natural e imutável, e sim, circunstancial) pudesse impedir a verdadeira paternidade por simples questão formal e não declarar uma paternidade existente pela insuficiência de provas. Logo, em se envolvendo na ação investigatória o direito de personalidade, habitam nessa demanda elevados interesses sociais. Por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida, e somente a perícia do DNA poderia expungir eventual dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos.

5. DA VERIFICAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA ATRAVÉS DE PROVA CIENTÍFICA

É indiscutível que a ciência, principalmente no que se refere à genética, vem progredindo de forma significativa, e com rapidez notável, nas últimas décadas.

Uma das manifestações mais marcantes desse progresso científico ocorreu no âmbito da verificação da paternidade biológica, hoje passível de certeza praticamente absoluta, através do exame de DNA.

Acerca do tema, Vladimir Brega Filho assevera:

Os recentes progressos da ciência têm trazido grandes modificações nas relações sociais e por conseqüência no Direito. Exames periciais cada vez mais exatos e complexos têm solucionado muitos processos, outrora resolvidos pelos juízes, que se baseavam em suposições, indícios e presunções.

Um exemplo claro deste avanço ocorre nas ações de investigação de paternidade. A “certeza quase absoluta” do exame de DNA (99,99%) permite

que processos, antes resolvidos em favor do investigado por falta de provas, sejam julgados em favor do investigador com uma certeza que jamais existiu.²

Assim, tem-se a necessidade de que o Direito, em especial o ramo de Direito Processual Civil, acompanhe essa evolução, possibilitando a reconsideração de questões já apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito das ações de investigações de paternidade, quando no conjunto probatório não se haja utilizado o exame de DNA. Essa possibilidade deve abranger, inclusive, as decisões já protegidas pelo manto da coisa julgada, para se evitar que decisões injustas se perpetuem.

Ressalte-se que o desenvolvimento tecnológico alcançado pela humanidade só tem importância quando utilizado em prol do bem comum. Assim, no Direito de Família o avanço tecnológico só tem importância quando é utilizado na busca da verdade real dos fatos, já que esse ramo está vinculado ao aspecto emocional das pessoas.

Então, poder-se-iam verificar situações em que o conteúdo de uma sentença que, vinte anos atrás, imputou a paternidade de alguém a uma pessoa, pode ser contestado, de modo cientificamente mais seguro, através de um exame dessa natureza, que pode vir a negar essa paternidade.

Sendo o exame de DNA a solução mais avançada para que se possa identificar a paternidade de forma segura, não há como prosperar qualquer tipo de presunção, que substituiria a verdade real pela ficta. Nesse sentido, a relativização dos efeitos da coisa julgada material sanaria, nas hipóteses em que houvesse discrepância entre a sentença e o exame biológico, a perpetuação de decisões injustas.

Destarte, alguns dispositivos legais são inócuos no momento em que deixem de admitir a produção das provas necessárias à realização da justiça e da descoberta da verdade real.

Não obstante, quando ocorrer a filiação socioafetiva, deverá prevalecer o inverso, dependendo das circunstâncias, até por questão de justiça e de atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Nesta hipótese, aquele pai que, independentemente da forma em que o haja feito - ou seja, porque tinha a convicção de ser o genitor ou porque a sentença assim determinara -, tenha assumido a paternidade e muitos anos depois ingressar com a ação e através do exame de DNA descobrir não haver laço consanguíneo, não estará isento de qualquer obrigação legal.

² *A Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>>. Acesso em: 22 out. 2004.

No conjunto probatório, poder-se-iam utilizar algumas provas, tais como: a) a *posse do estado de filho*, que atesta perante todos haver tratamento de pai e filho entre os litigantes (*nomem, tractatus et fama*); b) a *prova testemunhal*, que é acolhida pelo juiz com reservas; c) o *exame prosopográfico*, em que se ampliam fotografias do investigante e do investigado, trabalhando a justaposição por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo etc.), mas que, embora prove alguma semelhança, não é seguro a ponto de estabelecer vínculo de filiação; d) o *exame de sangue*, que é apenas adequado para excluir a paternidade caso o suposto pai pertença a outro grupo sanguíneo; contudo, se do mesmo grupo, não determina com precisão a paternidade, já que os tipos sanguíneos e o fator RH, embora sejam transmissíveis hereditariamente, podem ser encontrados de forma idêntica em milhões de pessoas; f) o *exame odontológico*, que apenas ajuda o juiz.

Denota-se que o exame de DNA *Fingerprint* (Impressão digital do DNA) é o mais seguro e que, juntamente com outros, reforça a comprovação da filiação, já que a prova direta da paternidade é impossível.

Na verdade, os demais elementos citados acima, que compõem o conjunto probatório, atuam apenas de forma subsidiária. O único meio de prova eficaz e segura ainda é o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), por ser o componente mais íntimo da bagagem genética que o indivíduo recebe de seus genitores, conservado e presente em todas as células do organismo.

O reconhecimento voluntário ou judicial do filho natural, do incestuoso ou do adúltero produz efeitos *ex tunc*, estabelecendo o liame de parentesco entre o filho e o genitor, bem como em relação aos familiares deste; impede que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, resida no lar conjugal sem a anuência do outro (art. 1.611 do Código Civil Brasileiro); proporciona ao filho ilegítimo o direito à assistência moral, material e intelectual, conforme a condição socioeconômica do genitor; sujeita o filho menor ao poder familiar do genitor que o reconheceu; concede direito à prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como ao filho reconhecido, pois os parentes devem alimentos uns aos outros (art. 1.694 do Código Civil Brasileiro e art. 229 da Constituição Federal), em decorrência de que a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos (art. 1.697 do Código Civil Brasileiro); equipara, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza (art. 227, § 6º, da Constituição Federal), estabelecendo assim direito sucessório recíproco entre pais e filhos como tais reconhecidos. Logo, se for utilizada prova científica que assegure com certeza a consangüinidade, o reconhecimento da paternidade gerará todos os direitos e deveres acima enumerados, tanto para o genitor quanto para o filho que foi reconhecido.

6- DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Atualmente, alguns doutrinadores, como Cândido Rangel Dinamarco, defendem a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada nas ações que versem sobre investigação de paternidade, verdadeiras ações de estado, que tratam dos direitos indisponíveis da pessoa, não se devendo aceitar a imutabilidade da coisa julgada apenas em razão da segurança jurídica e equilíbrio das relações sociais, quando o objetivo maior é aplicar a lei de forma justa.³

Antigamente, na ação investigatória de paternidade, a parte interessada na busca da verdade biológica só podia provar suas afirmações baseada em fatos e testemunhos. Hoje, com o avanço da ciência, é possível ao julgador ter juízo de fortíssima probabilidade, se não certeza, sobre a paternidade ou não do investigado, através do exame de DNA.

O desenvolvimento do teste de DNA se deu no final da década de 1980.

Há circunstâncias jurídicas - como no caso da ação de investigação de paternidade já definitivamente decidida e reiterada para realização do teste de DNA não realizado anteriormente - em que a coisa julgada não pode tornar-se obstáculo à busca da verdade biológica; o julgador deve utilizar-se da sensibilidade e dos mecanismos hermenêuticos colocados à sua disposição para a persecução da justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, atento à evolução dos tempos e sempre em busca de atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem-estar comum, aplicou recentemente a teoria da relativização da coisa julgada numa ação de investigação de paternidade, no julgamento do Recurso Especial 226.436-PR; Rel. Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira; j.28.06.01; DJ 04.02.02; unânime, DJU 04.02.2002, p.370:

Em 1985 foi ajuizada uma ação de investigação de paternidade, todavia a ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas, pois naquela época não existia o exame de DNA. Não sendo, então, possível a realização de uma perícia para investigação genética da paternidade, restou ao julgador, diante da incerteza das provas, julgar improcedente o pedido.

Decorridos alguns anos, em 1997, esse mesmo autor ajuizou nova ação de investigação de paternidade, tendo em vista a possibilidade de realização do exame de DNA, cujo teste hematológico torna mais preciso o grau de probabilidade paternal. O réu alegou, em preliminar, a ocorrência da coisa julgada material, em

³ *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/penal@grupos.com.br/msg>>.

razão da decisão proferida na mesma ação anteriormente ajuizada. O juiz monocrático afastou a preliminar de coisa julgada material, por entender que ocorrera coisa julgada formal no processo, não se podendo condenar o autor a eternamente não ter paternidade, visto que hoje em dia é perfeitamente possível, mediante o exame de DNA, o juízo ter como afirmar ou não a paternidade.

O Tribunal de Justiça do Paraná proveu o agravo de instrumento e a ação foi julgada extinta sem julgamento do mérito, sob o argumento de ter ocorrido a coisa julgada material, não sendo mais possível discutir essa questão em juízo. Ora, de acordo com reiterada doutrina, a insuficiência de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito, e conseqüentemente ocorre a coisa julgada material.

O menor impúbere, autor da ação, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando não ter ocorrido coisa julgada material, pois aquela primeira ação de investigação de paternidade não excluía expressamente a paternidade do investigado; ficara determinado apenas que, diante da precariedade das provas, não era possível afirmar-se com absoluta certeza que o investigado era o pai do menor.

O recurso especial foi provido, consubstanciado inclusive no parecer do Ministério Público Federal, sob o argumento de que houve coisa julgada formal, pois a decisão proferida na primeira ação foi de cunho meramente processual, portanto era cabível o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade para a realização do teste de DNA. O relator entendeu inexistir, nesse caso, real julgamento de mérito, excluindo a paternidade do investigado, pois a decisão dada na primeira ação pautara-se na insuficiência de provas.⁴

Belmiro Pedro Welter, em sua obra **Investigação de paternidade**, sustenta que “somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas permitidas em Direito”.⁵

Esse precedente concluiu pela relativização da coisa julgada nas questões de Estado, em que o interesse público avulta com maior intensidade na efetivação do direito da personalidade, baseando-se nas transformações familiares e nas descobertas genéticas, que colocam o juiz diante do grau máximo de certeza, nada justificando que se coloque no mundo jurídico o que não está na verdade biológica.

É o entendimento que vem se firmando em alguns tribunais do Brasil.

7. DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE: AÇÃO RESCISÓRIA, AÇÃO

⁴ STJ, 4ª T., REsp 226.436-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001, unânime, DJU 04.02.2002, p. 370.

⁵ *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

DECLARATÓRIA E NOVA PROPOSITURA DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

A lei prevê a flexibilização da coisa julgada, tomando-se como exemplo a ação rescisória, que visa justamente desconstituir a coisa julgada quando uma decisão se encontra revestida de um vício. O legislador, nesse caso, abriu mão da intangibilidade, da segurança da coisa julgada, em benefício da garantia de justiça.

A ação rescisória, em nosso Direito Processual Civil, é um caminho idóneo para atacar a sentença válida transitada em julgado e, assim, propiciar novo julgamento da lide.

Alguns tribunais chegaram a admitir que se pudesse usar exame de DNA realizado após a sentença de investigação de paternidade, atribuindo-lhe a força de “documento novo”, para os fins do art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil. Baseou-se o acórdão na dificuldade de acesso e de compreensão da prova genética pela parte ao tempo da instrução da ação investigatória, assim como na não-admissibilidade de atribuir a alguém “uma paternidade que na verdade não é sua”, quando se dispõe de exame posterior ao julgamento com possibilidade técnica de 99,99999% de acerto.

O dispositivo legal em questão prevê a rescindibilidade quando “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Assim, não se fundamenta a lei na criação ou formação de documentos posteriores à sentença, mas na descoberta ou disponibilidade de documento antigo que poderia influir no julgamento como se tivesse sido produzido no processo em tempo útil.

Diante da indisponibilidade do direito à paternidade biológica, Belmiro Pedro Welter defende, no caso de omissão da perícia de DNA na fase de instrução da investigatória, a ocorrência de violação à literal disposição do art. 130 do Código de Processo Civil, em que estariam insertos não só o poder, mas também o dever do juiz de “determinar a produção de todas as provas”, inclusive a pericial (DNA). Enquanto, pois, não esgotada a instrução, não poderia haver o julgamento de mérito em torno de “direito natural, constitucional e indisponível de personalidade”. Daí sua conclusão de, na espécie, ser cabível a ação rescisória, com apoio no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, quando a causa tiver sido decidida sem a promoção da perícia genética, ainda que não requerida pela parte.⁶

⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

Assim, dependendo das circunstâncias em que o processo anterior tenha tramitado, a realização posterior de exame de DNA pode ser o meio mais eficaz para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em falsa prova.

Não se procederá a um reexame dos meios de prova produzidos, mas apenas se demonstrará a impossibilidade de serem eles o retrato da verdade, já que, ante a superveniente prova genética, jamais poderia subsistir a inverdade biológica afirmada e chancelada pela coisa julgada material.

Pode, à primeira vista, a tentativa de rescindir a sentença de paternidade por violação ao art. 130 do Código de Processo Civil, como por uso de prova falsa, parecer estranha; o certo, porém, é que a estrutura legal da rescisória foi construída em época na qual não havia a proteção constitucional ampla e irrestrita ao direito à paternidade biológica que hoje vigora.

Admita-se a hipótese de situações - possivelmente as mais comuns com relação à investigação de paternidade pelo avanço científico do DNA - em que a decisão proferida outrora tenha feito coisa julgada e haja transcorrido o prazo da ação rescisória. De qual ação poderá dispor o cidadão para buscar a tutela jurisdicional?

Da ação declaratória. Isso porque, por ser imprescritível, ela poderá ser intentada mesmo depois que o direito tenha sido violado, consoante o art.4º do Código de Processo Civil:

O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I- da existência ou da inexistência de relação jurídica; II- da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único: É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Em permanecendo a coisa julgada que não corresponda à verdade, afronta-se a própria essência do processo, que é a busca da verdade real. A relativização da coisa julgada, que outrora era sustentada no sentido de que transforma o “quadrado em círculo ou vice-versa”, foi derruída pelos postulados constitucionais, onde prevalece a axiologia dos valores constitucionais.

Dentre esses postulados se destaca a segurança jurídica consolidada numa verdade real e não decorrente de instrumentalidade processual; do princípio da razoabilidade no sentido de garantir que o sistema jurídico venha a dar prevalência à verdade real – e para todo direito há uma ação que o assegure, razão pela qual apenas a ação declaratória de existência ou inexistência de relação jurídica colmata a lacuna do ordenamento jurídico, em situações tão peculiares.

Convém ainda destacar que o primado constitucional da segurança jurídica somente se sustenta numa verdade real, e não numa verdade meramente processual, ou até virtual.

O referido princípio, que é a base do regime democrático e o sustentáculo das decisões do Poder Judiciário, não se sustenta pelo aspecto formal, porque o que prevalece é a substância da relação jurídica.

Dessa forma, a ação declaratória pode ser manejada para a busca da tutela jurisdicional em qualquer tempo, a fim de que efetivamente prevaleça a segurança jurídica, em detrimento de uma coisa julgada meramente formal.

Outra solução seria a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade em decorrência de que a verdade dos fatos que haviam fundamentado a sentença não correspondia à verdade real, conforme o que dispõe o art. 469, inc. II, do Código de Processo Civil: “Não fazem coisa julgada: II- a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença”. Assim, ações que no passado tramitaram enfocando uma situação fática sob determinado aspecto, em face, agora, das possibilidades de uma prova científica, como é o DNA, poderão ser intentadas novamente, sob nova pretensão, uma vez que aquela de outrora não fez coisa julgada.

Convém observar que a ação de estado é imprescritível, pelo que poderá ser manejada nova ação de investigação de paternidade, em havendo fato novo.

8. DA QUESTÃO DA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA

Alguns autores, assim como alguns tribunais, têm entendido que há valores merecedores de proteção mais acentuada por parte do sistema jurídico do que a segurança. Assim, sentenças inconstitucionais não transitariam em julgado e ficariam fora da abrangência do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

Sintoma evidente dessa tendência foi a inclusão do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que admite alegar-se, pela via dos embargos à execução, que o título exequendo seria inexigível, por se ter baseado em lei tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação considerada, também pelo STF, incompatível com a Constituição.

Desse modo, pode-se ressaltar um diferencial: os embargos em questão são objeto de expressa previsão legal, ou seja, constituem um novo instrumento rescisório tipificado em lei; já as formulações de “relativização” propugnam vias *atípicas* de revisão (ou seja, de impugnação e desconstituição da coisa julgada).⁷

Objetivando, ainda, não atribuir valor excessivo à coisa julgada, em detrimento de outros valores acolhidos pelo sistema jurídico, registra-se a existência de tendência que propõe dar-se interpretação mais abrangente ao inciso do art. 485 do Código de Processo Civil, que trata das hipóteses de cabimento da ação

⁷ *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 507. v. I.

rescisória, podendo-se, ainda, utilizar ação declaratória, por ser imprescritível, ou a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade, conforme o que preceitua o art. 469, inciso II do Código de Processo Civil.

9. DA SUGESTÃO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O DESLINDE DA QUESTÃO

A título de sugestão de lege ferenda, deveria ser acrescentado um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil, estabelecendo que a sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional ou prova científica.

Não obstante, não bastaria acrescentar esse novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil, uma vez que, em rigor, tal dispositivo, sozinho, em nada inovaria, já que é possível a rescisão da sentença inconstitucional com base no disposto no inciso V daquele artigo. Logo, a criação do novo inciso só se justificaria se este fosse a “pedra fundamental” de um novo regime, que se completaria através de outras regras, ou seja, poder-se-ia acrescentar, então, um novo parágrafo ao art. 485 do Código de Processo Civil, estabelecendo que a sentença de mérito transitada em julgado que ofendesse a Constituição só deixaria de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste Capítulo, permitindo a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspendesse temporariamente seus efeitos se houvesse o risco de que sua imediata eficácia gerasse dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória.

Desse modo, a ação rescisória passaria a ser o único meio adequado para a desconstituição da sentença transitada em julgado, quando ofendesse a Constituição da República.

Com esse modelo, que ora se propõe, estar-se-ia alcançando um ponto de equilíbrio entre os dois valores que entram em conflito diante da sentença inconstitucional transitada em julgado: a segurança e a justiça. Afinal, a se adotar esse modelo, a coisa julgada prevaleceria até o julgamento da ação rescisória, permitida a suspensão liminar da eficácia da sentença nos casos em que estivessem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Para completar o sistema, seria necessário ainda acrescentar um parágrafo ao art. 495 do Código de Processo Civil, o qual estabeleceria que, “sendo a ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, o direito à rescisão poderia ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo”.

Conseqüência inexorável da adoção do modelo aqui proposto seria a revogação do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que se tornaria incompatível com as novas regras adotadas.

A grande vantagem do modelo que ora se propõe, de lege ferenda, sobre o que se tem hoje, de lege lata, é que assim se tornaria inviável que um juízo de primeira instância fosse capaz de desconstituir uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, só para figurar um exemplo.

A decisão proferida por um tribunal que já tenha alcançado a autoridade de coisa julgada só deve ser passível de desconstituição pelo próprio tribunal que a proferiu, adotando-se para tanto o regime que no direito brasileiro sempre se aplicou à ação rescisória. Não é razoável que um juízo de primeira instância possa, como hoje pode, em embargos do executado, desconstituir até mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Outros instrumentos processuais poderiam ser utilizados, como a ação declaratória (quando a decisão proferida outrora tenha feito coisa julgada e haja transcorrido o prazo da ação rescisória, uma vez que aquela é imprescritível e pode ser intentada mesmo depois que o direito tenha sido violado, conforme o art. 4º do Código de Processo Civil) ou a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade em decorrência de a verdade dos fatos que fundamentaram a sentença não ter correspondido à verdade real, segundo o que disciplina o inciso II do art. 469 do Código de Processo Civil.

Conclui-se que os modelos propostos se destinam a equilibrar o regime hoje existente, buscando balancear adequadamente a segurança jurídica e a justiça das decisões.

10. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é evidente que a evolução científica possibilitou, em matéria de prova, que não houvesse injustiça em determinadas decisões proferidas, devendo o direito de personalidade assegurar que o princípio da dignidade humana seja aplicado ao lado da verdade real. Destarte, a ação de investigação de paternidade, em se tratando de ação de estado, deve ser interpretada *modus in rebus*.

Dessa forma, a ação rescisória e a ação declaratória podem ser manejadas de forma eficaz para a busca da tutela jurisdicional, sendo que esta em qualquer tempo, por ser imprescritível, para que efetivamente prevaleça a segurança jurídica em detrimento de uma coisa julgada meramente formal.

Acrescente-se, ainda, que não fazendo coisa julgada material a verdade dos fatos (inciso II do art. 469 do Código de Processo Civil), há possibilidade de propositura de uma nova ação, quando se comprovar que os fatos que fundamentaram a sentença não corresponderam à verdade real.

A aplicabilidade da norma legal não pode entrar em conflito com a evolução social e científica, sob pena de haver injustiça, haja vista que o processo é um mero instrumento para a realização do direito material.

O direito fundamental à coisa julgada não deve ser considerado um direito absoluto. Deve ser ponderado pelo princípio da razoabilidade, uma vez que, em matéria de filiação, é mais importante a justiça do que a segurança jurídica, por se tratar de direito absoluto, indisponível e inerente à própria personalidade.

REFERÊNCIAS

BREGA FILHO, Vladimir. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>>. Acesso em: 22 out. 2004.

CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. **Revista de Processo**, ano 27, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./ dez. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. Disponível em: <http://www.cacofnd.org/artigos/art_juridicos_arquivo.asp>. Acesso em: 03 mai. 2004.

CÓDIGO de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CURSO avançado de processo civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 507. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 1. São Paulo: IBDFAM, abr./jun. 1999, p. 18-21.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 13. São Paulo: IBDFAM, abr./jun. 2002, p. 85-101.

FURTADO, Alessandra Moraes Alves de Souza e. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 13. São Paulo: IBDFAM, abr./jun. 2002, p. 13-23.

GODOY, Luciano de Souza. Investigação de paternidade renovada – a busca da verdade biológica. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 16. São Paulo:

IBDFAM, jan./mar. 2003, p. 66-79.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família** – A família brasileira no final do século XX. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY, JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Ovídio Batista da. Coisa julgada relativa? **Revista Jurídica**, ano 52, n. 316. Porto Alegre: Nota Dez, fev. 2004, p. 07-18.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Investigação de paternidade procedente** – Coisa julgada material – Prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade – Exame de DNA negativo. Qual prevalece?. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. Coisa julgada, revisão e exoneração de alimentos. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 16. São Paulo: IBDFAM, jan./mar. 2003, p. 28-39.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: RT, 2003.

