

DIREITO DA PERSONALIDADE À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PRESUNÇÃO *JURIS* *TANTUM*

*Roseli Ramadan Ahmad**
*Wanderlei de Paula Barreto***

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias; 2. Direito de personalidade do filho - ascendência genética; 3. Prova científica da paternidade – Exame de DNA; 4. Recusa ao exame de DNA e presunção *juris tantum*; 5. Condução coercitiva ao exame de DNA e possibilidade de relativização de direitos fundamentais; 6. Coisa julgada material e a possibilidade de sua relativização; 7. Conclusão; 8. Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca identificar o direito ao conhecimento da identidade genética do ser humano, informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e viabilizado pela evolução genética - exame de DNA. Aborda, ainda, os conflitos que se estabelecem entre os vários direitos fundamentais da pessoa humana, tanto no que se refere aos direitos do suposto filho em ser reconhecido, quanto aos direitos do suposto pai em não reconhecê-lo e a possibilidade de relativização desses direitos. Passa em revista, também, o papel desempenhado pelo instituto da presunção *juris tantum* e seus efeitos diante da recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA e da presunção de paternidade sacramentada pela Súmula 301 do STJ, bem como discute a possibilidade de relativizar a coisa julgada diante da averiguação de paternidade negativa por meio de posterior exame de DNA.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade; Identidade Genética; DNA; Direito da Personalidade.

PERSONALITY RIGHTS IN RESPECT TO PATERNITY INVESTIGATION AND THE PRESUMPTION OF *JURIS TANTUM*

*Advogada; Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil; Especialista em Direito do Estado – Área Constitucional; Mestranda em Ciências Jurídicas – Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional no CESUMAR - Centro Universitário de Maringá.

**Pós Doutor em Direito Civil pela Universidade Heidelberg e Max Plank Institut, Alemanha; Doutor em Direito Civil pela Universidade Ebrhard-Karls, Alemanha; Docente do curso de Mestrado em Direito e coordenador do Grupo de Pesquisa de Direitos da Personalidade do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá. E-mail: advwvbar@wvnet.com.br.

ABSTRACT: This work seeks to identify the right to know the genetical identity of a human being, informed by the dignity principle, and made possible by the evolution of genetics – the DNA test. It also discusses the conflicts established by the various human being fundamental rights, not only is respect to the possible child rights to be recognized, but also in terms of the possible father rights not to recognize him/her, and the possibility of making these rights relative. It also reviews the role of the presumption institute *juris tantum* and its effects in face of the refusal of the investigated to be submitted to the DNA test, and the paternity presumption defined by the STJ's Compendium 301. Finally it talks about the possibility of making relative the object in judgment in face of negative paternity by the means of a late DNA test.

KEYWORDS: Paternity; Genetical Identity; DNA; Personality Rights.

DERECHO DE PERSONALIDAD A LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD Y PRESUMIDA *JURIS TANTUM*

RESUMEN: Este trabajo busca identificar el derecho al conocimiento de la identidad genética del ser humano, informado por el principio de la dignidad de la persona humana y proporcionada por la evolución genética – el examen de DNA. Apunta todavía, los conflictos que se establecen entre los varios derechos fundamentales de la persona humana, tanto en lo que se refiere a los derechos de un presunto hijo en ser reconocido, como a los derechos de un supuesto padre en no reconocerlo y la posibilidad de la relativización de estos derechos. Analiza también, el papel desempeñado por el instituto *juris tantum* y sus efectos delante de la recusa del investigado en someterse al examen de DNA y de la presumida paternidad sacramentada por la Súmula 301 del STJ, así como discute la posibilidad de relativizar la cosa juzgada delante de la averiguación de paternidad negativa por medio de posterior examen de DNA.

PALAVRAS-CLAVE: Paternidad; Identidad Genética; DNA; Derecho de Personalidad.

Curioso é o nosso tempo: quando a declaração da paternidade era cercada de cuidados e obstáculos (às vezes intransponíveis, no plano jurídico), princípios e regras foram edificando o direito à paternidade praticamente sem limites. Ter pai, é hoje um direito inquestionável. Luiz Edson Fachin¹.

¹FACHIN, Luiz Edson. **A nova filiação: crise e superação do estabelecimento da paternidade.** In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Repensando o Direito de Família. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 132.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O reconhecimento da dignidade da humana, como direito fundamental, tomou fôlego, a partir da Constituição de 1988, e a noção de direitos fundamentais e sua proteção passou a ser, consideravelmente, ampliada. O direito ao conhecimento do vínculo de filiação passou a ser visto, segundo uma perspectiva civil-constitucional, por meio do princípio da isonomia entre os filhos, o qual se traduziu numa diretriz fundamental a ser seguida pelo hermenêuta no estudo da matéria.

Ademais, com os avanços tecnológicos e o alcance de uma certeza quase absoluta – na margem de 99,9999%² para a probabilidade de paternidade positiva ou negativa – sobre o vínculo biológico por meio do exame de DNA, emergiu, no sistema, uma grave situação de insatisfação jurídica diante da existência de ações com trânsito em julgado em confronto com a realidade revelada pela análise clínica, e, conseqüentemente, uma acalorada discussão acerca do que deve prevalecer: a verdade processual, já consagrada pelo advento da coisa julgada – com respaldo constitucional –, ou a realidade biológica verificada, posteriormente – que afirma o verdadeiro estado filial do indivíduo?

2. DIREITO DE PERSONALIDADE DO FILHO –ASCENDÊNCIA GENÉTICA

O conhecimento da paternidade biológica constitui-se em fator social imprescindível para a concretização de direitos da personalidade, pois toda pessoa humana, em formação, especialmente, tem direito à paternidade. Se não a tem, porque ninguém a assumiu, voluntariamente, pode investigá-la para que seja reconhecida, judicialmente, e imputada ao genitor biológico, uma vez que todos têm o direito de conhecer sua própria identidade pessoal. É preciso considerar ainda que a personalidade do indivíduo não pode ser reduzida a meras características genéticas; é necessário levar em conta seu caráter único e sua diversidade, principalmente, no que tange aos aspectos socioculturais, como bem esclarece Rabindranath Capelo de Souza³, que faz, ainda, referência à identidade familiar, racial, lingüística, política e religiosa, como fatores relevantes que se incorporam na individualidade de cada ser humano.

Afinada com a dignidade da pessoa humana – valor intrínseco, reconhecido a cada ser humano, originariamente – e com os direitos fundamentais, o direito ao

² RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade** – Manual prático do DNA. 1. ed., 3. tir.. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37.

³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 249, nota 571. No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin. O direito personalíssimo à filiação e à recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 227; ALMEIDA, Maria Cristina de. **Dna e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 106; FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome das pessoas naturais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 247 e 248, dentre outros renomados juristas.

conhecimento da ascendência genética é considerado um bem jurídico constitucional, pautado no entendimento de que, como componente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em formação, consubstancia-se numa garantia de desenvolvimento e formação da individualidade⁴, ou seja, numa identidade genética ou pessoal.

A consagração do direito à identidade genética aponta para o entendimento de que a constituição genética de um ser humano seja não só inviolável, como, também, irrepetível, para que seja fruto do acaso, basicamente o que conduz à compreensão de que o referido direito tem o condão, não apenas de resgatar o histórico pessoal, mas também, de coibir a clonagem humana. Pode-se ampliar, ainda mais, essa proteção, se considerar que o histórico genético conhecido pode atuar como fator de prevenção da saúde individual do seu titular, sob o prisma de vista das doenças hereditárias, bem como da saúde pública⁵, no controle de epidemias.

É importante frisar, sobretudo, que – embora o conhecimento da ascendência genética ou identidade pessoal defina “[...] a história ou a memória em que se encontra inserida a pessoa no confronto ou na co-relação com outras pessoas que, de forma mediata ou imediata, lhe deram origem”⁶ e que, portanto, “[...] essa identificação é valor indispensável na esfera personalíssima do ser humano, na formação de sua integridade psíquica, na sua história de vida, no que se pode definir como herança genética”⁷, exprimindo o primeiro sentido da identidade pessoal, pois esse novo ser passa a ser identificado, fundamentalmente, a partir da identificação de seus ascendentes – a ordem constitucional revela-se pouco efetiva como instrumento garantidor do direito à identidade pessoal, pois não está expressa no ordenamento jurídico brasileiro a proteção ao direito da pessoa ao conhecimento da sua ascendência genética.

A mencionada consagração do direito, ao conhecimento da ascendência genética, é extraída do art. 1º, III, da CF/88⁸, que resguarda a dignidade da pessoa humana; do art. 227, § 6º, da CF/88⁹, que dispõe sobre o tratamento isonômico entre todas as categorias de filhos; da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 99.710 de 22.11.1990, que consagra o direito de toda criança de conhecer seus pais biológicos, e do art. 5º, § 2º, da

⁴ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Dna e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99.

⁵ LÓBO, Paulo Luiz Neto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1.: Síntese, jun. 1999.

⁶ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Dna e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 76.

⁷ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Dna e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁸ **Art. 1º, III, da CF/88** – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

⁹ **Art. 227, § 6º, da CF/88** – Refere-se ao tratamento isonômico entre todas as categorias de filhos.

CF/88¹⁰, que prevê a abertura para outros direitos fundamentais poderem ser inseridos na lista do art. 5º, da CF, num diálogo com o Direito Internacional.¹¹

3. PROVA CIENTÍFICA DA PATERNIDADE – EXAME DE DNA

O momento atual pelo qual passa a investigação do ato procriador tem em seu contexto o revolucionário exame pericial de DNA, que determina as seqüências de aminoácidos codificados no DNA – ácido desoxirribonucléico. Com ele, a complexidade da elaboração dos meios de prova na pesquisa da filiação ficou mais branda e a certeza do resultado, cada vez mais, segura, diante da identificação dos indicadores genéticos, com precisão quase absoluta quanto ao resultado científico da paternidade, pois a margem de segurança é de 99,9999%, quer na exclusão, quer na inclusão da paternidade.¹²

E é em razão dessa certeza quase absoluta que, hoje, o DNA converteu-se no principal método de identificação humana e, embora haja críticas duras quanto à sacralização do referido exame, predomina o entendimento de que houve um nivelamento sistemático acerca da prova na investigação de paternidade, admitindo-se o DNA como absoluto e irrefutável, rejeitando-se qualquer outra modalidade de prova, ou aceitando-o acima das outras como “a rainha das provas”.

O valor desta prova é sustentado por Eduardo de Oliveira, para o qual, “O surgimento do exame do DNA revolucionou o Direito e, sem dúvida, representa a contribuição mais espetacular conhecida neste meio desde a descoberta das impressões digitais e dos grupos sanguíneos” e complementa:

[...] A ‘rainha das provas’ suplantou todas as perícias hematológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal; o desenvolvimento da genética na última década abriu novos horizontes para a pesquisa científica, para as intervenções no campo biomédico e no campo das práticas jurídicas, que nos interessa mais particularmente.¹³

É imperioso reconhecer que o surgimento desse exame tornou-se um fator decisivo para a definição da paternidade.

¹⁰ **Art. 5º, § 2º, CF/88** – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹¹ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Dna e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

¹² RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade** – Manual prático do DNA. 1. ed., 3. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: **Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família**. São Paulo: RT, 1999. p. 191-192.

4. RECUSA AO EXAME DE DNA E PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*

A recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA pode gerar duas possíveis situações: a condução sob vara à feitura do exame, possibilitando o encontro da verdade biológica, e a presunção que encerra o processo, apresentando ao investigador a verdade formal.

Diante da primeira situação, em que o juiz ordena a condução sob vara, o que tem ocorrido é a alegação do investigado de constrangimento e violação de diversos princípios constitucionais, tais como, o princípio da legalidade, albergado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, e o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no inciso III, do art. 1º, da CF e complementado pelo art. 5º, inciso X.

A violação ao princípio da legalidade verificar-se-ia pela coerção à prática de um ato sem a devida previsão legal de sua obrigatoriedade, no caso, a obrigação de se submeter ao exame de DNA.

Solução para tal impasse seria invocar o art. 339¹⁴, do Código de Processo Civil, como sendo o dispositivo legal que fundamentaria, sem ferir aquele princípio, a obrigatoriedade do demandado se submeter à realização do exame. Todavia, por ser esse dispositivo correspondente a um comando geral, é rebatido pelo demandado, sob a alegação de que pode ser afastado em relação às partes de um processo, já que a essas é garantido o direito de se negarem a produzir provas contra si.

Não bastasse o comando geral expresso no art. 339, do CPC, em desfavor do investigador, o investigado invoca, também, o princípio da legalidade contido no art. 5º, II, da CF como fundamento para se esquivar da ordem judicial que lhe ordena a submeter-se ao exame de DNA; soma-se a esses o art. 1º, III, da CF, que traz o princípio da dignidade da pessoa humana e o art. 5º, X, da CF que dá proteção à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, incluindo a intangibilidade do corpo humano.

Para justificar a invocação dos dispositivos citados, o investigado argumenta que não apenas o ato de se obrigar uma das partes, em uma demanda civil a produzir provas em benefício da parte contrária quebra o equilíbrio entre as partes, que é uma das premissas basilares do processo, mas também, que a sua recusa em se submeter ao exame não frustra as pretensões da parte contrária, já que a lei permite que a recusa daquele seja interpretada como admissão¹⁵, ainda que ficta, da verdade dos fatos alegados por esta. Nesse caso, em vez de frustrar suas pretensões, a lide seria mais facilmente resolvida a favor do demandante¹⁶. Reforça, ainda, sua argumentação,

¹⁴ Art. 339 CPC– “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder judiciário para descobrimento da verdade”.

¹⁵ Art. 343, § 2º, do CPC – “Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão”.

¹⁶ Reforçado pela **Súmula 301 do STJ**– “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Aprovada em 18.10.2004 pela Segunda Seção do STJ, composta pela Terceira e Quarta Turmas. Editada em 22.11.04.

alegando que o Poder Judiciário estaria privando o investigado da sua liberdade sem o devido processo legal¹⁷, bem como aplicando violência – condução forçada a fazer o exame de DNA, sem ação delituosa¹⁸ – já que o mesmo entende que se negar a fazer o referido exame é um direito seu, amparado pelos já citados dispositivos legais.

Contudo, entende-se, aqui, que o investigado não pode se utilizar da letra da lei¹⁹ para se eximir da sua obrigação de paternidade responsável, princípio contido no art. 226, § 7º, da CF/88²⁰, direito incontestável do investigante, tampouco, para suprimir o direito fundamental do investigante de conhecer sua ascendência genética, o que, por conseqüência, lhe vale o resgate de uma existência digna, com amparo nos arts. 1º, III, 227, § 6º, e 5º, § 2º, da CF/88 e Decreto nº 99.710 de 22.11.1990.

Assim entendido, defende-se como legítima a condução “sob vara” do investigado à realização do exame de DNA²¹, por entender que o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF) está posto para investigado e investigante, igualmente, situação diante da qual deve haver ponderação entre os direitos dos mesmos, pautada no princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF)²², também invocado por ambos.

Assim como o princípio da legalidade e da igualdade devem ser sopesados numa forma equilibrada para ambas as partes, com mais razão deve sê-lo o princípio à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que é núcleo essencial dos direitos fundamentais e não é exclusivo do investigado, para que o mesmo o invoque como excludente do mesmo direito do investigante.

Não bastasse a tentativa do investigado de sobrepor seus direitos aos direitos do investigante, eliminando o direito à igualdade, legalidade e dignidade deste, o investigado, ao recusar a se submeter ao exame de DNA, fere o princípio da proibição do abuso de direito, considerando a relevância dos interesses em conflito; incide em desobediência à ordem judicial; fere o direito ao conhecimento da identidade pessoal ou ascendência genética do investigante, bem como conduz o processo à inefetividade, já que este, ao produzir coisa julgada material sobre a verdade formal, não alcança o fim que o motivou – a descoberta da verdade real e, em conseqüência, a paz social e a quietude pessoal.

É importante salientar que há discrepância entre o entendimento do STJ e do STF, quanto à condução coercitiva do investigado à feitura do exame DNA, sendo que o

¹⁷ Art. 5º, LIV, da CF – “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁸ Art. 5º, LXI da CF – “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

¹⁹ Artigos invocados pelo investigante para justificar a negativa em se submeter ao exame de DNA por ordem judicial: Art. 5º, II, III, X, LIV, LXI, da CF, e Súmula 301 do STJ em favor do investigante.

²⁰ Art. 226, § 7º, da CF – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, (...)”.

²¹ Nesse sentido WELTER, Belmiro Pedro. Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético. NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria Barreto B. A. (Coord.). Doutrina Nacional; Doutrina de direito privado. v. 8, Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

²² Art. 5º, da CF – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)”.

STJ entende obrigatória a produção dessa prova científica na busca da verdade real, enquanto que o STF argumenta ofensa aos princípios constitucionais da personalidade do investigante²³. Por envolver matéria constitucional, da decisão do STJ, é cabível recurso extraordinário, o que significa que prevalece, ao final, a decisão do STF.

É importante ressaltar que, sob o aspecto do direito comparado, assim como no Brasil há diferentes entendimentos sobre a questão controvertida de o investigado poder ser conduzido sob vara à feitura do exame de DNA.

Na legislação portuguesa, o estabelecimento da paternidade se dá, em qualquer caso, por via de ação judicial, sendo que a prova da relação biológica é permitida, livremente, dispensando-se o autor de provar o vínculo biológico, invertendo-se o ônus da prova mediante presunção favorável ao autor²⁴, num entendimento de que a coação ao exame de DNA configura “[...] grave atentado à liberdade individual”.²⁵ A referida solução jurídica tem fundamento na seguinte formulação do direito português: “[...] é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.²⁶

No direito francês, é adotada a tese da posse de estado²⁷, ou seja, os princípios concernentes ao estado da pessoa e nos quais o julgamento sobre filiação produz resultados *erga omnes*. A recusa de se submeter ao exame pericial não produz consequências, a não ser na apreciação valorativa das provas pelo juiz, que pode aplicar a presunção de paternidade.

No direito inglês, podem-se, “[...] ordenar perícias científicas, mas, a execução forçada, penas de multa ou de prisão não podem ser impostas em caso de recusa justificada”²⁸, conforme esclarece Eduardo de Oliveira Leite.

²³ “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – Preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – Provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” Decisão do STF no HC 71.373-4.

²⁴ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: Posse de estado de filho – sociedade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 100.

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 539.

²⁶ **Art. 334º do Código Civil português**. Tal dispositivo inspirou o Projeto de Código Civil: “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

²⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: Posse de estado de filho – sociedade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 95-96, 103.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 201.

As legislações italiana²⁹ e espanhola³⁰ adotam o critério da posse de estado, nas questões relativas à paternidade, e, embora possam ordenar a produção da prova pericial biológica, não permitem a execução coercitiva da mesma.

Na Alemanha, vige, desde a reforma de 1938, a regra de submissão coercitiva das partes à coleta de sangue, desde que a medida seja necessária ao exame de filiação da criança. Isso decorre do princípio inquisitório que predomina no direito alemão³¹.

Destarte, o julgamento depende, especialmente, dos laudos genéticos para o estabelecimento da paternidade, sendo que, diante de recusa injustificada, o juiz pode arbitrar multas administrativas, podendo, ainda, mandar conduzir o suposto pai, forçadamente, à execução do exame, sendo que, em casos especialíssimos, em que o exame possa acarretar danos à saúde ou o mesmo esteja fora do país, a presunção fundamenta a declaração de paternidade³².

O entendimento foi reforçado com o pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal alemão no sentido de que o direito ao conhecimento da origem genética insere-se entre os direitos gerais da personalidade. Em decorrência, no direito alemão, existe uma ação autônoma declaratória de filiação presumida contra a qual não se pode alegar direito à integridade corporal, visto que aquela Corte entendeu que não a agride a extração de um pequeno volume de sangue³³.

Nos direitos uruguaio e argentino, o critério adotado é a posse de estado de filho, o que dá relevância à paternidade social³⁴, deixando a busca da verdade biológica em segundo plano.

O segundo efeito que a recusa do investigado à feitura do exame de DNA estabelece é a presunção *juris tantum*, da qual resulta para o investigador apenas a verdade formal e, portanto, a antiga incerteza do liame genético com o investigado.

²⁹ TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**, 6. ed. Milano: Giuffrè, 1993. apud, ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 148, nota 266.

³⁰ FRANK, Rainer. L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand. **Revue Internationale de droit comparé**, n.4, out./dez. 1995. apud, ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149, nota 268.

³¹ TAKAOKA, Mário Wataru e Outros. **Como conciliar o princípio da dignidade humana com a determinação judicial para realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade?** Disponível em: http://www.turma175.net/ga/ano2003/2003_2_sem/fund/fundsemi1.doc. Acesso em: 30 set. 2006.

³² ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 145 - 146.

³³ TAKAOKA, Mário Wataru e Outros. **Como conciliar o princípio da dignidade humana com a determinação judicial para realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade?** Disponível em: http://www.turma175.net/ga/ano2003/2003_2_sem/fund/fundsemi1.doc. Acesso em: 30 set. 2006.

³⁴ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: Posse de estado de filho – sociedade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 101 - 102.

A presunção *juris tantum*, nessas circunstâncias, pode ocorrer com base nos indícios probatórios analisados sob a livre apreciação das provas pelo juiz e no seu livre convencimento; portanto, sem o exaurimento probatório, já que não foi apresentado o exame pericial, ou, ainda, pautado na Súmula 301³⁵ do STJ, que também apresenta a verdade formal ao final do processo sem exaurimento da provas, que, acredita-se, aqui, que remete o processo à inefetividade, uma vez que o objeto motivador da ação de investigação não logrou êxito, qual seja, a verdade biológica.

É importante esclarecerem-se os precedentes que deram origem à referida Súmula 301 do STJ, pois a doutrina a tem criticado, fortemente.

O Habeas Corpus n. 71.373/RS, de 1996, foi o marco inicial, o qual trouxe em seu bojo a decisão do STF, a qual, por maioria dos votos, entendeu que ninguém pode ser obrigado a se submeter ao exame de DNA, contrariando o entendimento do STJ/RS, de que o investigado deveria ser conduzido “sob vara” ao laboratório.

Interessante, porém, é notar que o que serviu de referencial para a aprovação da Súmula, foi, justamente o voto vencido, na decisão do STJ/RS, que entendeu que, diante do conflito de direitos subjetivos, deveria prevalecer o interesse da criança.

Após esse marco, foram sete os precedentes que abriram caminho para a edição da Súmula: 1º. o RESP nº 135.361/MG-1998, que entendeu pela suficiência de elementos probatórios e resultou na crítica de que, diante da suficiência de provas, desnecessário é falar-se em presunção. E mais, com maior razão, por terem sido parte na ação, em que se recusou à feitura do exame de DNA, os irmãos e herdeiros do investigado falecido, e com fins, exclusivamente, econômicos; 2º. o RESP nº 55.958/RS-1999, em que a emenda diz que houve abundância de provas e a recusa ao exame militou contra o investigado; da mesma forma, a crítica se fez no sentido da desnecessidade de se estabelecer a presunção; 3º. o RESP nº 141.689/AM-2000, o qual entendeu pela inexistência de provas indiciárias da paternidade e teve a decisão fundamentada com base nas dez recusas do investigado à feitura do exame de DNA; a crítica se deu em razão do valor atribuído à quantidade de recusas; ressalta-se que esses quatro primeiros julgados têm como traço comum a inexistência de pai registral; 4º. O RESP nº 256.161/

³⁵ “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a se submeter- ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Aprovada em 18.10.2004 pela Segunda Seção do STJ, composta pela Terceira e Quarta Turmas. Editada em 22.11.04. Consagra o entendimento jurisprudencial que atribui ao exame de DNA valor probante absoluto, superior e incontestável, tornando desnecessária a realização de outras provas. Além de na Súmula, a presunção encontra amparo no art. 231 do CCB, “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”, e no art. 232 do CCB, “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Os doutrinadores em geral, ao comentarem tais dispositivos, sempre aludem às ações de investigação de paternidade. Por todos, cita-se Ricardo Fiúza: “*Quem vier a negar-se a efetuar exame médico, p. ex. DNA, que seja necessário para a comprovação de um fato não poderá aproveitar-se de sua recusa Assim, se alegar violação à sua privacidade e não se submeter àquele exame, ter-se-á presunção ficta da paternidade por ser imprescindível para a descoberta da verdadeira filiação, tendo em vista o superior interesse do menor e seu direito à identidade genética*”. (FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 450.) (grifo nosso).

DF-2001, no qual não houve comprovação das relações sexuais e a decisão se pautou no princípio da garantia da paternidade responsável, para fazer valer a presunção; 5º. o RESP nº 409.285/PR-2002, apenas adverte que o despacho monocrático, que decidiu pela presunção, não tem caráter de absoluto por ter função de contribuir com o conjunto probatório; 6º. o AGA nº 498.398/MG-2003, no qual houve recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, sob a alegação de que faltavam indícios probatórios que a justificasse; mas, ainda assim, a decisão pela presunção foi favorável; 7º. o RESP nº 460.302/PR-2003, no qual houve desconstituição da paternidade socioafetiva declarada por pai registral falecido em favor da viúva e filhos deste, com fins meramente econômicos e pautada a decisão na recusa da outra parte em se submeter ao exame de DNA.

A importância está, todavia, qualquer que seja a situação que ensejou a presunção – por recusa a ordem judicial em se submeter ao exame de DNA, por fundamentação nos indícios probatórios ou, tão somente, com base na Súmula 301 do STJ – nas conseqüências que afetam, irremediavelmente, o investigado, tanto no que se refere à frustração do mesmo diante da inefetividade processual que lhe ofereceu apenas a verdade formal, e que, portanto, não alcançou o fim que motivou a ação e, por conseqüência, tampouco restabeleceu a paz social, bem como no que se refere ao ferimento mortal do seu direito personalíssimo de conhecer sua ascendência genética, e, por conseguinte, a quietude pessoal do investigante com o agravante da coisa julgada material sobre a decisão.

Há de se considerar, ainda, que a recusa do investigante em se submeter ao exame pericial caracteriza a desobediência judicial e a violação do princípio da proibição do abuso de direito.

5. CONDUÇÃO COERCITIVA AO EXAME DE DNA E POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre a integridade física do investigado e o direito à identidade genética do investigante, qual direito deve prevalecer?

A prevalência de um direito implica relativizar um outro direito e, para que isso ocorra, é necessário, no caso proposto, especialmente, que se resguarde o princípio da igualdade³⁶ entre investigante e investigado, os quais, igualmente, são titulares de direitos fundamentais e estão, identicamente, amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷

Incólume o princípio da igualdade para ambas as partes na demanda de investigação de paternidade, há de se buscar, por via da ponderação dos princípios da razoabilidade

³⁶ Art. 5º, da CF – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade [...]” (grifo nosso).

³⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 130.

e da proporcionalidade, o equilíbrio necessário para se dirimir o conflito de direitos fundamentais que se revela diante da condução do investigado ao exame de DNA.

Importa frisar que, embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontrem previstos, expressamente, sob essas epígrafes, na Constituição de 1988, não se permite inferir estarem esses princípios afastados do sistema constitucional pátrio, pois são direitos positivos e garantias de respeito aos direitos fundamentais e se inserem na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais, bem como seu espírito flui, ainda, do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual, consoante palavras do professor Paulo Bonavides,

abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.³⁸

O princípio da ponderação alicerçado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade busca uma

[...] ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana.³⁹

Assim, diante da relevância do direito pleiteado pelo investigador e das consequências irreversíveis que a denegação desse direito acarreta ao mesmo, para o resto de sua vida, a condução coercitiva do investigado à feitura do exame de DNA, reservadas às devidas proporções, em absolutamente nada viola seus direitos de personalidade, uma vez que a proporcionalidade e a razoabilidade, devidamente aplicadas aos casos de investigação de paternidade, buscam o equilíbrio, a moderação, a harmonia, o senso comum e a preservação dos valores concernentes às questões de paternidade, bem como prima pelo respeito e zelo proporcionais e razoáveis a todos os princípios e direitos que norteiam as partes envolvidas.

Há de se considerar, ainda, que o sacrifício imposto ao pretense pai e, bem assim, a alegada violação da integridade física pelo investigado é “risível” – conforme notou o

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 396.

³⁹ SANTIAGO FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. **Mundo Jurídico**, 10 maio 2003. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701 >. Acesso em: 26 set. 2006.

Ministro Francisco Rezek, em seu voto vencido no Habeas Corpus nº 71.373-4/RS – 1996 (STF), que compartilhou do entendimento do STJ/RS de que o investigado deveria ser conduzido “sob vara” ao laboratório, pois, diante dos conflitos de direitos subjetivos, deveria prevalecer o interesse da criança – eis que a ínfima quantidade de 5 ml de sangue, uma gota de saliva ou um mero fio de cabelo, retirados com a finalidade de comprovar filiação, não violam, sob hipótese alguma, a integridade física do investigado.

Diante do exposto, fica claro que não é possível relativizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inerente às partes, devendo conservar-se incólume o princípio da igualdade, que é princípio protetor e orientador no sopesamento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com fim específico de dirimir os conflitos entre o direito à dignidade da pessoa humana do investigante e o mesmo direito do investigado. Fica claro, semelhantemente, que a idéia de relativização dos direitos fundamentais revela-se por demais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios jurídicos fundamentais, além do que, também se revela expressão de um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito, em seus diversos ramos, como também, em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo⁴⁰.

6. COISA JULGADA MATERIAL E A POSSIBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO

Muito se tem discutido sobre a relativização da autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Naquelas ações em que a paternidade não foi declarada, por ausência de provas, antes da possibilidade da realização de exames de DNA e que a ação rescisória já não possa mais ser proposta, a doutrina diverge sobre a possibilidade da propositura de nova ação para aferir a paternidade.

Há posições extremadas, tanto negando quanto admitindo a propositura de nova ação com fundamento na possibilidade de realizar prova utilizando o método do DNA.

A estabilidade jurídica é o ponto de apoio da doutrina majoritária que entende pela impossibilidade de relativização da coisa julgada, fundamentando a impossibilidade de julgamento da nova ação pelo disposto no art. 5º, XXXVI⁴¹, da Constituição Federal e no art. 471⁴², do Código de Processo Civil. Para essa corrente, não interessa o surgimento de novo meio de prova – no caso em tela, o exame de DNA, com quase 100% de certeza –, o valor preponderante é a segurança trazida pela coisa julgada.

A grande maioria da doutrina compartilha do entendimento de que as ações de estado fazem coisa julgada, somente sendo especial a autoridade da coisa julgada,

⁴⁰ SANTIAGO FILHO, Willis Santiago. *op. cit.*

⁴¹ **Inciso XXXVI, do art. 5º, da CF** – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada”.

⁴² Art. 471, do CPC – “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, (...)”.

pois tem valor absoluto, oponível *erga omnes*. Assim, ao contrário de não formarem coisa julgada material, as ações de estado têm mais força, ainda, nessa qualidade da sentença, pois a decisão é oponível contra todos.

Todavia, favoravelmente, tem emergido na doutrina, e em parte da jurisprudência, o entendimento de que é possível a propositura de nova ação fundada na possibilidade de prova da paternidade pelo exame de DNA, inexistente à época da decisão, embora esses posicionamentos sofram críticas pertinazes, como ocorre com o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco⁴³ e Humberto Theodoro Jr.⁴⁴, que defendem a tese da relativização da coisa julgada sempre que houver injustiça na primeira decisão dada, ou, ainda, quando a injustiça da primeira decisão for qualificada como “séria” ou “grave”, atacado por Ovídio Baptista, segundo o qual esse fundamento “não deve condicionar a força da coisa julgada, a que ela não produza injustiça; ou ainda, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja ‘grave’ ou ‘séria’”.⁴⁵ E continua o doutrinador, esclarecendo que, adotado esse critério, do instituto da coisa julgada nada restaria, pois não há sentença que não possa ser acusada de injusta, uma vez que não há injustiça que não seja “grave” ou “séria”. Argüi, ainda: como medir a gravidade e seriedade de uma injustiça?⁴⁶

Outro posicionamento favorável criticado, duramente, é o de Cristiano C. de Farias, que defende a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, numa ponderação de interesses, entre a coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana, com a prevalência da dignidade da pessoa humana de forma a garantir o direito de filiação⁴⁷. Esse critério é rechaçado, severamente, por Luis Guilherme Marinoni, que, embora não negue a possibilidade de balanceamento desses dois direitos e a prevalência de apenas um direito, em alguns casos, argumenta que “[...] não se pode balancear a coisa julgada, que é decisão judicial, com um direito buscado pela parte”.⁴⁸

Cristiano C. de Farias argumenta, ademais, que o direito em jogo é indisponível⁴⁹, de forma que deveria ser dado um tratamento diverso para a coisa julgada. Entretanto,

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa Julgada Material. **Revista de Direito Processual (RePro)**, São Paulo: RT, n. 109, 2003, p. 22-23.

⁴⁴ THEODORO Jr., Humberto. A Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. . p. 139.

⁴⁵ BAPTISTA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 215.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano C. de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada** Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 77.

⁴⁸ MARINONI, Luis. G. O Princípio da Segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 75.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano. C. de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 77.

considerando que o CPC brasileiro é permeado pelo princípio da disponibilidade, com vistas a proteger direitos patrimoniais, de forma que para prevalecer esse entendimento, seria necessária a criação de um micro-sistema processual diferenciado, na forma que propõem Teresa Wambier e Miguel Medina⁵⁰, para os quais deveria ser dada uma interpretação evolutiva ao inciso VII do artigo 485 do CPC, a partir dos anseios da sociedade atual. O mencionado artigo dispõe que caberá a ação rescisória, quando depois da sentença o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava ou do qual não podia fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Assim sendo, o laudo pericial de DNA deveria ser equiparado ao documento novo de que trata o citado inciso. Nesse caso, defendem os autores, que o prazo para a rescisória decorreria a partir da ciência da parte a respeito da técnica do exame pericial de DNA e não do trânsito em julgado da sentença como, de ordinário, ocorre. Luis Guilherme Marinoni faz uma crítica no que se refere ao prazo, argumentando que “[...] seria muito difícil para parte adversa demonstrar o momento em que o autor da rescisória tomou ciência do conhecimento do exame de DNA”.⁵¹

No que se refere à crítica do jurista citado, entende-se que, embora essa não seja a melhor solução para se rever a decisão transitada em julgado, a sugestão não é de todo inviável, pois é preciso partir do entendimento de que a propositura da ação se deu imediatamente após o conhecimento do exame de DNA, haja vista que ninguém mais que o autor da rescisória tem interesse em desconstituir a coisa julgada mediante o conhecimento de documento novo. É preciso partir do pressuposto de que o autor, ao propor a ação, o fez de boa, já que com base apenas no documento novo, no caso, o exame de DNA, pode assegurar para si sentença favorável, o que, por si só, não justifica a dúvida da parte adversa quanto à ação ser intempestiva.

Há, também, quem admita, para o caso proposto, a extensão da aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis*⁵², caso em que só ocorrerá a coisa julgada quando houver exaurimento de prova, ou seja, as ações julgadas improcedentes por insuficiência de provas não fazem coisa julgada, nesse caso. Assim, Belmiro Pedro Welter⁵³ defende que as ações de investigação de paternidade somente podem transitar em julgado quando exauridos todos os meios probatórios admitidos em Direito: prova documental, testemunhal, depoimento pessoal e, principalmente, pericial, no caso proposto, o exame de DNA. A crítica a esse posicionamento fundamenta-se no fato de que não há legislação que disponha nesse sentido e, segundo argumentam Nelson

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: RT, 2003. p. 196; 201 - 202.

⁵¹ MARINONI, Luis Guilherme. O Princípio da Segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 179.

⁵² Exemplo de coisa julgada *secundum eventum probationis* é o da ação coletiva para direitos difusos e coletivos previstos no CDC.

⁵³ WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 118.

Nery Jr.⁵⁴ e Fredie Didier Jr.⁵⁵, a coisa julgada *secundum eventum probationis* somente pode ser admitida nos casos expressos taxativos em lei.⁵⁶

É importante ressaltar que a variedade de critérios trazidos pela doutrina faz com que a fundamentação da relativização perca consistência, até mesmo por não serem conclusivos, de forma que urge uma reforma legislativa do sistema.

Há um projeto de lei tramitando nesse sentido. É o projeto lei nº 6.069/2002⁵⁷, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que trata sobre várias modificações no Código Civil, dentre as quais, a da relativização da coisa julgada, proposta que supera, inclusive, o posicionamento firmado por Maria Christina de Almeida a qual defende que

[...] há a possibilidade de revisitar um julgado no qual não se tenha utilizado do critério científico na apuração da verdade para torná-lo cientificamente seguro, isto porque a sentença proferida pode, ou não, coincidir com a verdade real dada a sua estabilidade jurídica como fruto da persuasão íntima do julgador, e não uma convicção científica.⁵⁸

Do exposto, conclui-se, ainda que sem um posicionamento sólido, que a coisa julgada, prevista no sistema individualista do CPC vigente, é inútil para as ações de paternidade, já que poderia implicar a negação do respectivo direito material, isto é, o caráter instrumental do direito processual poderia, por via oblíqua, ser frustrado, e servir como óbice à concretização efetiva do direito à filiação garantido, constitucionalmente.

Acertado é que o que deve prevalecer é o bom senso, tanto do investigado em cooperar com uma questão que envolve direitos personalíssimos, quanto dos tribunais em admitir, ou não, a relativização da coisa julgada, dependendo do resultado e do exaurimento das provas numa anterior ação de investigação de paternidade, pois é necessário considerar, igualmente, que a relativização da coisa julgada não pode ser realizada de qualquer maneira, em qualquer caso, mas deve observar critérios bastantes para que não haja uma banalização do instituto, gerando, ainda mais, injustiças.

⁵⁴ NERY JR., Nelson. A Polêmica sobre a Relativização (Desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 187.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. Cognition, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 jun. 2005.

⁵⁶ Como acontece com as ações coletivas sugeridas como exemplo a ser seguido por Belmiro Pedro Welter, cf. nota n.37.

⁵⁷ **PL. nº 6.069/2002 – artigo 1.606 (...)** § 2º: “Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA”.

⁵⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98 - 99.

Como foi exposto, oportunamente, o posicionamento que fundamenta todas as decisões favoráveis, praticamente, é o da prevalência do interesse do filho em ver reconhecida a paternidade frente à verdade formal estabelecida pela coisa julgada material. Esse, sem dúvida é o posicionamento que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito e com os demais princípios dele advindos, como o princípio da dignidade da pessoa humana e como o direito à filiação. Não há como conceber que uma verdade formal prevaleça sobre o direito de uma pessoa ter um pai, até porque não se pode ignorar que o Direito não está alheio às inovações científicas e à evolução da civilização, contentando-se com uma verdade forjada pelo dever do magistrado de proferir decisão, em detrimento de uma verdade biológica não constatável à época da sentença.

A segurança representada pela coisa julgada, na forma do art., 5º, XXXVI, da Constituição Federal e o direito à filiação e à paternidade responsável na forma do art. 226 da Constituição Federal, intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser sopesados e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, impera que prevaleça o direito do filho a saber quem é seu ascendente.

Desse modo, tem-se como relativa a coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade em que foi negada a paternidade sem a produção da prova pericial, o exame de DNA. Mas, assim entendido, tem-se, também, como grande problema atinente à temática, saber se há ou não a possibilidade de se revisar em processos findos antes do advento do DNA, período em que não era possível conhecer a verdade real dos fatos, em face da “insuficiência” de provas trazidas aos autos do processo.

Ao se optar pela admissão da revisão processual, restaria mitigada a coisa julgada, trazendo o problema da relativização da segurança jurídica que sempre foi vista como imutável. Por outro lado, se a opção for pela impossibilidade da mitigação da coisa julgada, haverá afronta à dignidade da pessoa humana, ou seja, tanto o suposto pai quanto a criança – e, nesse caso, a afronta seria maior, pois, conforme o caso, ofenderia a dignidade da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento –, que sofreria um abalo irreversível em sua dignidade.

Certo, porém, é que tais deficiências no âmbito processual não poderiam prejudicar as partes, as quais primam pela justiça, nem, tampouco, a sociedade que valoriza a máxima segurança possível.

CONCLUSÃO

Conclui-se, sobretudo, que o direito ao conhecimento da ascendência genética é muito mais que desvendar histórico genético; é encontrar a história familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural que compõem a dignidade de cada ser humano, bem como é fator de prevenção de doenças hereditárias no âmbito do direito privado e controle da saúde pública no espectro do direito público, e que, embora não esteja codificado, expressamente, esse direito está consagrado na esfera dos princípios fundamentais e espiritualizado em artigos constitucionais e infraconstitucionais.

Afirma-se, ademais, que diante da evolução científica o Direito não pode estagnar, fechar os olhos para os reclamos sociais, que, no caso em tela, são aplacados, facilmente, pelo revolucionário exame de DNA, pois este possibilita ao investigador acesso à certeza irrefutável do vínculo parental, ao conhecimento real da ancestralidade, à paternidade biológica real que o ser humano busca como forma que restabelecer a sua dignidade, e que, portanto, diante dessa possibilidade, não há como negar a necessidade de conscientização do Judiciário para o fato de que, se imprescindível for, deva o investigado ser conduzido, compulsoriamente, à feitura do exame de DNA, num processo de relativização dos direitos fundamentais de ambas as partes, que, inevitavelmente, conflitam entre si, mas que se resolve, juridicamente, trazendo-se a verdade real ao investigador e, conseqüentemente, a efetividade processual.

Assim sendo, reafirma-se que, diante dos conflitos legais e sociais, como também, da evolução social dos costumes e do avanço científico, o Direito não pode estagnar, deixando a sociedade à mercê de seus conflitos insolúveis, tampouco pode entrar na contramão da evolução científica em nome de conflitos fundamentais que, reservadas as devidas proporções, e analisados com ponderação e razoabilidade, podem ser solucionados, podendo as soluções virem a satisfazer as partes envolvidas no processo, sem, no entanto, causar qualquer desequilíbrio que atinja as partes ou a sociedade.

Não sendo mais possível relativizar os direitos fundamentais das partes no processo de investigação de paternidade, porque a sentença já transitou em julgado, entende-se que se faz necessária, com maior razão, a admissão da possibilidade de se relativizar a coisa julgada, seja sob a forma de ação rescisória, ainda que decorrido o prazo prescricional, seja sob a forma de um instrumento processual inovador.

Fato incontestável é que a genética pôs à disposição do Direito um instrumento eficaz, que possibilita ao ser humano desvendar o seu maior segredo, sua estrutura biológica, sua memória sócio-cultural; cabe, agora, ao legislador criar um instrumento jurídico que viabilize a sua ampla aplicação, sem se deixar limitar por conceitos sedimentados num tempo em um espaço em que a sociedade não vive mais, em um tempo que evoluiu e se transformou e que pede urgência do Legislativo para criar instrumentos processuais capazes de sanar os conflitos atuais que requerem maior dinamismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BAPTISTA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade:** Posse de estado de filho – sociedade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 jun. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Direito Processual (RePro)**, São Paulo: RT, n. 109, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação: crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1998: Repensando o Direito de Família. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FARIAS, Cristiano C. de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada:** Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

FRANÇA, Rubens Limonge. **Do nome das pessoas naturais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Aruda Alvim; LEITE Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família.** Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 1, Porto Alegre: Síntese, jun. 1999.

MARINONI, Luis Guilherme. O Princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada:** Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

NERY JR., Nelson. A Polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada:** Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade** – Manual prático do DNA. 1. ed., 3. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTIAGO FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. **Mundo Jurídico**, 10 maio 2003. Disponível em:<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 26 set. 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAKAOKA, Mário Wataru et. al. **Como conciliar o princípio da dignidade humana com a determinação judicial para realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade?**. 2003. Disponível em:< http://www.turma175.net/ga/ano2003/2003_2_sem/fund/fundsemi1.doc>. Acesso em: 30 set. 2006.

THEODORO Jr., Humberto. A Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

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

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

_____. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.