



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CARLOS ALBERTO LEITE ROLIM

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

SOUSA - PB
2006

CARLOS ALBERTO LEITE ROLIM

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. José Maria Gurgel.

SOUSA - PB
2006

“Não se pode ensinar alguma coisa a alguém,
pode-se apenas auxiliar a descobrir por si
mesmo”.

Galileu

Dedico este trabalho à minha família, amigos e professores, pessoas tão queridas e que muito me apoiaram para que eu concluísse mais esta etapa.

RESUMO

Tendo em vista a importância social e jurídica do assunto ante as novas descobertas científicas que amenizaram a longa demora processual causada pela natureza da Justiça – que é lenta e burocrática, quando não deveria sê-lo – é que nos interessou falar sobre o tema. No presente trabalho serão abordadas algumas considerações sobre a ação de investigação de paternidade, a evolução dos meios de prova da paternidade, a autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade e a posição dos tribunais a respeito desse tema.

Palavras-chave: investigação de paternidade. Meios de prova. Tribunais.

ABSTRACT

In view of the social and legal importance of the subject before the new scientific discoveries that had brightened up the long procedural delay caused by the nature of Justice - that she is slow and bureaucratic, when would not have to be it - it is that in it interested them to speak on the subject. In the present work some considerations will be boarded on the action of inquiry of paternity, the evolution of the evidences of the paternity, the authority of the thing judged in the actions of inquiry of paternity and the position them courts the respect of this subject.

Word-key: inquiry of paternity. Evidences. Courts.

SUMÁRIO

Introdução	8
CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	9
CAPÍTULO II - OS MEIOS DE PROVA DA PATERNIDADE E A IMPORTÂNCIA DO DNA	11
CAPÍTULO III - A coisa julgada nas ações de investigação de paternidade	15
3.1.1 Impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória	17
3.1.2. Impossibilidade de ajuizamento de <i>querela nullitatis</i>	18
CAPÍTULO IV - A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação da paternidade - posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema	20
4.1.1 Procedimentos Especiais	24
4.1.2 Ação de investigação de paternidade e alimentos	.. 25
4.2. Aspectos	27
CONCLUSÃO	29
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

INTRODUÇÃO

O progresso científico trouxe grandes evoluções na prova da paternidade. Passou-se de sistemas de presunções e de mera exclusão da paternidade a sistemas, como o de Impressão Digital do DNA, com margem de certeza de até 99,9999% para exclusão ou conclusão da paternidade.

Diante desse contexto, faz-se interessante analisar a autoridade da coisa julgada das decisões que julgaram improcedente a ação de investigação de paternidade sob o fundamento de ausência de provas, quando à época da decisão inexistia possibilidade de realização do exame de DNA. E dessa forma analisar o comportamento do direito frente ao progresso da ciência, o conflito entre o positivismo e a prevalência da verdade real, do valor Justiça.

No presente trabalho serão abordadas algumas considerações sobre a ação de investigação de paternidade, a evolução dos meios de prova da paternidade, a autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade e a posição dos tribunais a respeito desse tema.

CAPÍTULO I - Considerações sobre a ação de investigação de paternidade

O direito à filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, sendo especialmente tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 27). Está relacionado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois está ligado às bases da espécie humana, configurando-se um direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 (art. 226) também se refere à paternidade responsável, compreendida não só como embassadora do planejamento familiar, mas também como empenho à satisfação dos direitos e interesses das crianças e do adolescente e o cumprimento dos deveres advindos do pátrio-poder.

Desse modo, ter reconhecida a filiação é direito fundamental da criança e do adolescente. O meio processual que garante a efetividade desse direito é a ação investigatória de paternidade, prevista em nosso ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916.

A ação de investigação de paternidade é uma ação de estado, personalíssima, indisponível e imprescritível, por isso pode ser proposta pelo filho em face do pai ou da mãe (artigo 1.606 do Novo Código Civil e artigo 350 do Código Civil de 1916). Segue a ação o rito comum ordinário, tendo natureza declaratória.

Tanto o filho, seu representante (se incapaz) ou seus herdeiros, desde que menor de idade ou incapaz, podem propô-la (art. 1.606 Código Civil atual). A legitimidade passiva é do pai ou da mãe (investigatória de maternidade), ou ainda de seus sucessores, se já houver falecido. O Ministério Público pode propô-la também, porque o interesse de estabelecer a paternidade é um interesse eminentemente público.

Monteiro (1996, p. 263) aduz que: *qualquer pessoa que tenha justo interesse, como o econômico e o moral, pode contestar a ação*. Essa faculdade está prevista no art. 365 do Código Civil de 1916, mantido pelo art. 1.615 Código Civil atual.

A sentença que reconhecer a paternidade produz os mesmos efeitos do que o reconhecimento do filho (art. 366 do atual Código Civil e art. 1.616 do Código Civil atual). Deve ser averbada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, procedendo-se ao registro da paternidade na certidão de nascimento. A declaração do estado de filho vale contra todos, conferindo os direitos e deveres resultantes do pátrio poder ao investigante e ao investigado, se procedente.

Admite-se a cumulação da ação de investigação de paternidade com a ação de petição de herança, com a ação de alimentos e ainda com a ação de anulação de registro civil.

Ainda cabe ressaltar que o Código Civil de 1916 fazia restrições aos casos em que era possível a propositura de ação de investigação de paternidade. Em seu artigo 363, afirmava que somente o filho ilegítimo teria direito a ação, nos casos de concubinato, rapto e quando houvesse escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a.

Tais restrições não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, uma vez que ela prevê a igualdade entre os filhos, pondo fim à filiação ilegítima e, portanto, alargando a legitimação para a propositura da ação, abrangendo todo o filho que tiver dúvida quanto à paternidade. No mesmo sentido é a Lei nº 10.406/02 que confere legitimidade ao filho, não fazendo restrição quanto à origem da filiação.

É necessário distinguir a ação de investigação de paternidade da ação negatória de paternidade. Nessa o suposto pai é que o legitimado ativo, propondo a ação para dirimir dúvida existente quanto à paternidade do filho. Também, cabe referir que é possível a propositura de ação de investigação de maternidade.

CAPÍTULO II - Os meios de prova da paternidade e a importância do DNA

Na ação de investigação de paternidade, a *causa petendi* são as relações sexuais mantidas entre o investigado e a mãe do investigante à época da concepção. Este é o fato e é ele que deve ser provado pelo investigante.

Os meios de prova da paternidade, como vínculo biológico, foram evoluindo ao longo dos tempos, acompanhando o progresso científico.

Assim, na prova da investigação da paternidade tem-se como os principais meios de prova dois: os meios não científicos, como por exemplo, a posse do estado de filho – é uma presunção, manifesta-se pela aparência de filho sustentada pelo investigante perante a sociedade. Quando o filho usa o nome do pai, recebe o tratamento de filho e tem a "fama" de filho em seu meio social, tem a posse do estado de filho do investigado. Tal presunção tem fraca força probante da paternidade biológica; prova testemunhal; o exame prosopográfico, que é a verificação da semelhança física entre investigante e investigado, realizada pela justaposição de fotografias por cortes longitudinais e transversais.

O outro são os meios científicos, assim considerados: Sistema ABO – tipagem sanguínea – não comprova positivamente a paternidade, apenas tem força para excluir a paternidade; sistema M e N – buscou aprimorar o sistema ABO, realizando-se a verificação não só dos grupos sanguíneos, mas também dos antígenos M e N, que formam os tipos sanguíneos M, MN e N. Também é meramente exclusivo da paternidade, o sistema Rh – da mesma forma do que os dois anteriores, só tem força para excluir a paternidade, porque o fator Rh é idêntico em grande número de pessoas; sistema de histocompatibilidade – antígeno leucocitário humano (HLA) e finalmente o sistema da impressão digital do DNA – é conclusivo para o estabelecimento da paternidade, dando a certeza de 99,99% a 99,9999% da paternidade. O ácido desoxirribonucleico compõe os cromossomos do indivíduo, sendo sua bagagem genética, formando suas características e transmitindo-as a seus descendentes. Para a averiguação da paternidade são colhidas amostras do material genético da mãe, do suposto pai e do filho, extraído o DNA e comparado. Sendo iguais as bandas (fragmentos de DNA) do pai

e do filho em relação à determinada característica, a paternidade será conclusiva. A possibilidade de dois indivíduos terem a mesma impressão digital do DNA é de 1 (uma) a cada 30 (trinta) bilhões, sendo virtualmente impossível que haja coincidência.

Cabe-nos fazer um apêndice para falar dessa inovação científica que em muito tem ajudado a elucidar questões jurídicas intrincadas a respeito da matéria, muitas inclusive, que demandaram anos nos juízos e tribunais do país.

O momento atual pelo qual passa a perquirição do ato procriador, tem em seu contexto o revolucionário exame pericial do DNA (sigla de ácido desoxirribonucléico). Com ele, a complexidade da elaboração dos meios de prova na pesquisa da filiação ficou bastante abrandada diante da sua enorme precisão quanto ao resultado científico da paternidade.

Os exames periciais disponíveis às ações de investigação do vínculo genético antes do DNA, que eram o de tipagem sanguínea e do sistema HLA, possuíam margem de acerto que atingiam, no máximo, o percentual de 95% de probabilidade. Com o DNA, a margem de segurança é de 99,9999%, quer na exclusão, quer na inclusão da paternidade.

Hoje o DNA converteu-se no principal método de identificação humana, tornando os demais sistemas empregados, em um único lance, obsoletos e ultrapassados. Assumiu, também, um valor diferenciado em relação às provas periciais dantes utilizadas e, até mesmo em relação às provas processuais cabíveis nas ações de determinação da filiação.

Se por um lado houve avanço científico, também houve avanço foi jurídico na proteção incontestada da filiação. O art. 227 da Constituição Federal anunciou uma nova fase para o direito da criança e do adolescente, seguido pela Lei 7.841/89, que revogou, expressamente, o art. 358 do Código Civil de 1916 o qual, por força constitucional, já se achava tacitamente revogado, pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que em seus arts. 3º, 4º, 17, 20, 26 e, mais notadamente, no art. 27, patenteou o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e ainda, a Lei 8.560/92, que concede legitimidade ao Ministério Público para averiguar a paternidade (averiguação oficiosa).

Ambos os avanços – científico e jurídico - integram o momento de reflexão social muito importante. Com respeito a essa mudança social importante dentro do direito, leciona Fachin (1988, p. 132) que diz:

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.

Em consequência, inevitável o encontro das conquistas no campo biomédico e jurídico, posto que devem caminhar lado a lado na tentativa de renovar e lapidar, a cada dia, o liame das relações jurídicas na sociedade, especialmente na seara das relações paterno-filiais.

A incerteza da paternidade é tão antiga como a humanidade. A concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas. Em consequência, embora a mulher esteja sempre 100% certa de que as suas crianças são biologicamente suas, o homem tem muitas vezes de lidar com a incerteza da paternidade.

Por tudo isso, a causa de pedir na Investigação de Paternidade é complexa, sendo que o investigador não poderá alegar somente o fato da geração, mas sim, necessita fundamentar suas alegações iniciais em uma ou todas as casuisticamente previstas em lei e buscar a prova da procriação fisiológica, porque a verdade biológica tem prevalência.

No que pertine às provas a serem produzidas para o estabelecimento do vínculo genético, resta indubitável que todas as novidades científicas, principalmente quando surpreendentes, como é o caso do DNA, suscitam polêmicas, mais ainda quando alteram a normalidade já existente.

O caminho para chegar-se ao *decisum* vem sofrendo desvios a partir do DNA. É que esta prova trouxe a verdade científica inquestionável ao processo que demanda a descoberta da paternidade, fazendo as outras provas, até então relevantes ao deslinde da causa, perderem espaço no caderno processual. Para alguns, houve um nivelamento sistemático acerca da prova na investigação de paternidade, admitindo o DNA como absoluto e irrefutável, rejeitando qualquer outra modalidade de prova, ou aceitando-o acima das outras como "o senhor da verdade".

É certo que o peso do instrumento pericial do DNA revela-se em sua insignificante margem de erro defendida pelos especialistas da área médica, oferecendo ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade e atribuindo ao mesmo um peso determinante entre as provas processuais trazidas pelas partes.

Em cotejo com as outras provas processuais, o DNA dos indivíduos envolvidos no litígio acaba por receber um valor diferenciado, agraciado como método pericial capaz e único a desvendar a verdade real, deixando para trás o longo caminho das presunções e indícios que o Direito de Filiação percorreu.

Contudo, é preciso cautela na utilização desta prova. Não que se esteja aqui negando o seu valor de estabelecer os critérios científicos de probabilidade da paternidade, mas o que se almeja é uma reflexão sobre o momento processual pelo qual passam as investigações de paternidade e seu conjunto probatório.

É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se reveste, nos tempos atuais, o exame pericial do DNA, como se fosse uma prova milagrosa capaz de pôr termo a todos os problemas pertinentes à investigação de paternidade. É evidente que o exame pericial é útil e se mostra relevante no contexto probatório. Seria absurdo negá-lo, mas há que se estabelecer uma distância baseada no critério da razoabilidade entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade, e transformar tal reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.

A importância atribuída à tomada de posição cautelosa e reflexiva diante da prova pericial do DNA, da forma como vem sendo recebida e defendida pelos Tribunais, tem razão de ser por constituir uma forma de evitar o risco da acomodação da Justiça em relação à redução do contexto probatório das investigações de paternidade à prova pericial do DNA, desprezando o critério valorativo das demais provas. O exame científico da paternidade não pode desviar o caminho da instrução probatória, fazendo do Juiz um mero homologador de laudos periciais.

A prudência na apreciação dos fatos e das provas há que ser retomada para afastar a prejudicial confortável segurança da prova biológica. Por certo, essa dualidade de angulações se põe em conflito, pois nem sempre o comportamento imita a biologia e, também, nem sempre a justiça se encontra no juízo estribado exclusivamente na lógica racional. Na presumida certeza da prova produzida pelo DNA, diminui-se, aparentemente, o risco do erro. Entretanto, a exagerada confiança neste tipo de prova poderá acabar sendo a própria configuração do equívoco.

A verificação do DNA pode ser obtida até mesmo após a morte, mediante amostras de parentes próximos. A infalibilidade do exame não é absoluta, pois depende das condições e seriedade com que é realizado. Adotando-se a técnica correta, no entanto, apresenta certeza quase absoluta para a verificação da paternidade.

A importância do estudo dos meios de prova da paternidade é fundamental para a verificação da autoridade da sentença que a declara, pois da escolha do meio depende o grau de certeza da conclusão ou da exclusão da paternidade.

É necessário lembrar, no entanto, que embora os exames periciais tenham papel decisivo na comprovação da paternidade, o magistrado não está a eles adstrito. Pode o juiz ignorar o resultado do exame, mesmo que não seja essa a decisão recomendável, em decorrência do caráter fundamental do direito à filiação.

CAPÍTULO III - A coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

A coisa julgada é a qualidade da sentença transitada em julgado que torna imutável – geralmente para as partes – dentro do processo e fora dele, o dispositivo da sentença ou do acórdão, isto é, no dizer de Cintra (2000, p. 307) *a parte que contém a norma concreta, ou o preceito enunciado pelo juiz*.

Somente as sentenças de mérito, proferidas em processo de jurisdição contenciosa fazem coisa julgada. A coisa julgada divide-se em coisa julgada formal e material, sendo que a primeira tem efeitos dentro do processo em que a sentença foi proferida, não sendo mais modificável. Já a coisa julgada material, como bem diz da Silva (2000, p. 485), é *a imutabilidade da sentença em processos futuros*, o que Moraes (1997, p. 41) chama de *eficácia "pan-processual"*.

A decisão da ação de investigação de paternidade, sendo de mérito, faz indubitavelmente coisa julgada. Assim, a sentença que declara ou exclui a paternidade, faz, perante as mesmas partes, coisa julgada material. Note-se que, por força do art. 469 do Código de Processo Civil, somente o dispositivo, a declaração, seja positiva ou negativa, é que faz coisa julgada material.

O fundamento da coisa julgada tem origem na política processual. Existe para dar segurança, tranqüilidade e paz social aos jurisdicionados, evitando que conflitos venham ao Judiciário constantemente, sejam propostos e repropostos, estejam em permanente e infundável discussão. A força da coisa julgada é reconhecida constitucionalmente, pois o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal garante que a lei nova não atingirá a coisa julgada.

A força da coisa julgada, todavia, em certas circunstâncias, vem sendo discutida e relativizada em relação à ação de investigação de paternidade, como se verá abaixo.

A problemática apresentada neste trabalho tem como objeto uma modernização científica que, inexoravelmente, estende seus efeitos no mundo jurídico.

Com a descoberta do exame de DNA, podem-se perceber injustiças praticadas em alguns processos, por não haver, à época da decisão, elementos suficientes para caracterização da paternidade, ou pela impossibilidade financeira de as partes o realizarem, mesmo hoje em dia.

Moderna doutrina trata do assunto concernente à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Cuida-se, como apontado, de uma confrontação da justiça com a segurança jurídica, ou com a lei propriamente.

Vê-se em contraposição o comando legal, determinando seja respeitada a coisa julgada e, de outro, uma injustiça patente, posto que se demonstra, através de prova irrefutável, o equívoco da decisão.

Dada a confiabilidade da prova apresentada, no caso em tela, o exame de ADN, a comunidade jurídica depara-se, atualmente, com tal entrave.

Todavia, antes de adentrarmos à conclusão, precisamos descartar a hipótese de cabimento de outro remédio jurídico capaz de solucionar o problema.

3.1.1 Impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória

No caso apresentado neste trabalho, vale dizer, há que se considerar a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória, uma vez que, se assim não fosse, o direito brasileiro já apresentaria solução para o caso.

É que o *caput* do art. 485 do Código de Processo Civil assim reza: "a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando" e apresenta hipóteses que autorizam sua propositura.

Trata-se de uma ação autônoma de impugnação que visa a desconstituir a sentença que se deu com ocorrência de alguma das hipóteses dos incisos I a IX do art. 485, do CPC.

É como dito, uma ação e não – como confundem alguns – recurso. Conforme esclarece Pontes de Miranda (1998, p. 633): nunca é demais exprobar-se que advogados, juízes e – até – professores da matéria chamem de recurso ao *habeas corpus*, à *ação rescisória*, à *revisão criminal* e ao *mandado de segurança*. São ações indubitavelmente.

Rescindibilidade, segundo o mesmo autor, não se confunde com sua não-existência, não-eficácia ou invalidade ou anulabilidade. A parença maior é com a revogação ou com a retratação. Todavia concluímos que revogação e retratação pressupõem que o ato (*vox*) tenha sido emanado da mesma pessoa.

Frise-se que, como aponta Barbosa Moreira (1998, p. 106), sentença rescindível não quer dizer nula, nem inexistente. Deve, ao revés, tratar-se de sentença que, não interposta ação rescisória, o defeito deverá convalescer. No caso de *nulidade* da sentença, porém, esta pode ser declarada a qualquer tempo, vez que nulidade não se pode sanar.

Outro aspecto que, por vezes, gera confusão, é o fato de poder haver uma conclusão precipitada de que as sentenças que podem ser objeto de ação rescisória não fazem coisa julgada. Ao contrário, trata-se de pressuposto para o ajuizamento da ação. Deve, inclusive, haver sido operada a coisa julgada material.

Todavia, o pretense autor de ação rescisória dispõe de um prazo para sua interposição. O art. 495, do CPC, prevê que *o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*

Poder-se-ia, em alguns casos de ação de investigação de paternidade, haver uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 485, do CPC.

Trataremos, porém, da possibilidade de isto não ocorrer, posto que, em havendo, já existiria remédio jurídico disponível ao desfazimento da decisão.

Ou mesmo, em ocorrendo qualquer das hipóteses, já houver transcorrido o prazo previsto no art. 495, do CPC. Neste caso, sim, haveria de pairar uma dúvida acerca da solução jurídica a se lançar mão.

3.1.2. Impossibilidade de ajuizamento de *querela nullitatis*

Ainda seguindo as mesmas linhas traçadas referentes ao item anterior, poderia haver, em determinada ação de investigação de paternidade, situação propícia ao ajuizamento da ação de *querela nullitatis*, a fim de se encontrar solução ao problema.

A ação de *querela nullitatis* se presta à declaração, por parte do órgão jurisdicional acerca de alguma nulidade – como já indica o nome – havida no processo. Diferentemente da ação rescisória, esta outra não tem prazo para sua interposição.

Posto tratar-se de nulidade, esta poderá ser declarada a qualquer tempo e tal declaração surtirá efeitos em outra ação, mesmo se esta última já houver transitado em julgado.

Ensina Barbosa Moreira (1998, p. 100), que a criação da *querela nullitatis* se deu no *direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana.*

É cabível, por exemplo, no caso de haver uma nulidade na citação, em que o processo segue até final julgamento com a presunção de que o réu tenha sido citado e este sequer tenha tomado conhecimento de ação proposta contra si.

Sigamos, pois, admitindo a hipótese de ausência de *errores in procedendo* em dada ação de investigação de paternidade, posto que, se assim não fosse, a ação de *querela nullitatis* poderia ser meio adequado à solução do problema aventado no presente trabalho.

CAPÍTULO IV - A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação da paternidade - posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema

Como acima mencionado, hoje tem-se discutido 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 Impressão Digital do DNA e que a ação rescisória já não possa mais ser proposta, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a possibilidade da propositura de nova ação para auferir 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. Assim:

- Posição contrária: fundamenta-se na estabilidade jurídica trazida pela coisa julgada, fundamentando a impossibilidade de julgamento da nova ação pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e no art. 471 do Código de Processo Civil. Para essa corrente o valor preponderante é a segurança trazida pela coisa julgada, não interessando o surgimento de novo meio de prova.

Compartilha dessa posição a corrente majoritária da jurisprudência pátria, sendo conveniente citar algumas decisões:

Ação negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do código de processo civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. e a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais, e até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos que estão elencados no art. 485. 2. assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado esta coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa

julgada. 3. recurso especial conhecido e provido" (recurso especial nº 107248/GO, STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 29.06.98, p. 160).

Investigação de paternidade. Renovação da ação. Impossibilidade. Coisa julgada. Improcedência de anterior ação de investigação de paternidade, esta sacralizada a coisa julgada (Art.5º, inc. XXXV/CF88), não podendo nova ação ser proposta apenas porque viável, agora, realização de exame pelo método do DNA. Sentença que julgou extinta a ação mantida. Apelação desprovida, por maioria, vencido o relator. (Apelação nº 70003605425, TJRS, Des. Rui Portanova, data de julgamento: 07.03.02)

Além dessas decisões, inúmeras outras poderiam ser citadas, pois esse é o posicionamento que ainda impera no Judiciário brasileiro, embora, com a devida vênia, não seja o mais correto.

Os fundamentos dos que não admitem a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, ou negatória de paternidade, decididas antes da possibilidade de realização de exame de DNA, contrariam o direito humano à filiação e a dignidade da pessoa humana. Admitem que, pelo pretexto da segurança das decisões, a verdade real seja abandonada em prol da manutenção do formalismo e do legalismo, esquecendo-se da Justiça, valor que fundamenta a função jurisdicional do Estado, com isso afrontando a liberdade, valor supremo em um Estado Democrático de Direito.

Assim, não pode a coisa julgada – fruto de política processual – prevalecer sobre o direito à filiação, também reconhecido constitucionalmente (art. 226, §7º), um direito humano, ligado à dignidade da pessoa humana. A prevalência da verdade formal sobre a verdade real é uma afronta à liberdade e à dignidade da pessoa humana, violando a soberania popular e quebrando com o pacto social, legitimador da existência do Estado e da função jurisdicional.

- Posição favorável – tem surgido 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.

Nesse sentido Almeida (2001, pp. 98/99) aduz 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 furto da persuasão íntima do julgador, e não uma convicção científica.

Algumas decisões dos tribunais brasileiros, por diversos fundamentos, têm aceitado esse posicionamento:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I- Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II- Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável à realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III- A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade. IV- Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (Recurso Especial nº 226436/PR, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370)

Investigação de paternidade. Coisa julgada. Possível a renovação de demanda investigatória quando a ação anterior foi julgada improcedente por falta de provas e não foi realizado o exame de DNA. Os preceitos constitucionais e da legislação de proteção do menor se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, pois não há como negar a busca da origem biológica. Alimentos. Procedente a ação de investigação de paternidade a verba alimentar deve ser concedida. (Agravo de Instrumento nº 70004042958, TJRS, Des. Maria Berenice Dias, data de julgamento: 15.05.02).

PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA. AÇÃO DE ESTADO. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE 1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. 2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas. (JTDF, Agravo de Instrumento nº 2446-4/98, Acórdão nº 115354, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior)

Como se observa são pelo menos três os fundamentos para a permissibilidade da propositura de nova ação. Alguns, como a última ementa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, fundamentam a decisão afirmando que as ações de estado não fazem coisa julgada material, do que, todavia discordamos.

Segundo Pereira (1999, p. 166) posição compartilhada pela maioria da doutrina:

as ações de estado fazem coisa julgada, somente sendo especial à autoridade da coisa julgada, 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.

Outra corrente, citada na fundamentação do voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do Recurso Especial nº 226.436/PR, entende que as ações que foram julgadas improcedentes por falta de provas não fazem coisa julgada material. Essa posição, por não encontrar apoio na lei e nem na maioria da doutrina, que considera essa decisão de mérito e confere autoridade de coisa julgada material, não é a mais correta.

O terceiro posicionamento, que fundamenta praticamente todas as decisões favoráveis, é o da prevalência do interesse do filho em ver reconhecida sua 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 com o direito humano à filiação. Não há como conceber que uma verdade formal prevaleça sobre o direito de uma pessoa ter um pai.

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 à época da sentença não constatável.

A segurança representada pela coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) e o direito à filiação e à paternidade responsável (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 em saber quem é seu ascendente.

Desse modo, tem-se como relativa à coisa julgada nas ações de investigação de paternidade em que foi negada a paternidade antes da viabilidade do exame de DNA, pela natureza fundamental do direito à filiação.

4.1.1 Procedimentos Especiais

O Código de Processo Civil brasileiro divide os procedimentos em dois grandes grupos: o comum, que se subdivide em ordinário e sumário; e o especial. A nós, interessam, diretamente, os procedimentos especiais.

A regra dos feitos encontrados na vida cotidiana forense segue procedimento comum. Todavia, em alguns casos, os direitos envolvidos na demanda requisitam formas outras de se caminhar no processo até final julgamento.

Os procedimentos especiais são, portanto, aqueles que, pela natureza da lide, comportam desenvolvimento diferenciado dos demais feitos.

Os exemplos das diferenças encontradas nos procedimentos especiais podem ser de prazos (o réu dispõe de cinco dias para contestar ação de depósito e não quinze como no procedimento comum ordinário); ou ainda de exigências não contidas nos outros procedimentos (o depósito nas ações consignatórias, antes da citação do réu).

Podem-se, ainda, dividir os procedimentos especiais em procedimentos de jurisdição voluntária e contenciosa. Naqueles primeiros, segundo parte da doutrina, haveria apenas uma interferência estatal em negócios particulares.

Não se poderia sequer qualificar-se como processo, vez que este pressupõe lide, elemento inexistente na jurisdição voluntária.

E a jurisdição voluntária caracteriza-se justamente pela existência de interesses comuns, e não conflitantes. Ocorre que, pela natureza dos direitos envolvidos, necessária se faz a participação do Estado nestes atos jurídicos.

Exemplo disso, temos o casamento. Note-se que há interesses comuns e o Estado participa apenas cancelando a vontade das partes e, não, resolvendo litígios. Todavia no desfazimento do casamento pode ou não haver lide e, em havendo, seria, então, hipótese de jurisdição contenciosa, seguindo procedimento especial.

Quando ocorrer de uma determinada demanda enquadrar-se em uma das hipóteses de procedimento especial, por se tratar de norma cogente, não há que se falar em opção ao autor de escolha entre aquele e o rito comum.

São, portanto, as normas relativas aos procedimentos especiais, de ordem pública. Sua observância torna-se obrigatória e seu não atendimento acarreta nulidade processual, por via de incompetência absoluta do juízo.

Por fim, vale dizer, os procedimentos especiais vêm estabelecidos no próprio Código de Processo Civil ou em leis esparsas. Isto é o que ocorre com a ação de investigação de paternidade, objeto de estudo do próximo item.

4.1. 2 Ação de investigação de paternidade e alimentos

As leis brasileiras exercem proteção aos direitos à filiação. É obrigatório o reconhecimento do filho e, demonstradas necessidade e possibilidade, obrigatória, também, a prestação dos alimentos.

A ação de investigação de paternidade é o meio bastante e adequado à declaração judicial de que determinada pessoa é realmente filha de outra, através de meios de provas tendentes ao esclarecimento da filiação.

Esta ação, segundo Cruz (2001, p. 97): *tem como finalidade promover o accertamento do estado de filiação da pessoa, em face da origem natural contestada, decorrendo-se efeitos de ordem patrimonial e não-patrimonial.*

Lembremo-nos de que nada impede o ajuizamento de uma ação de investigação de maternidade. Entretanto, por motivos óbvios, a estatística forense mostra que raros são os

casos em que isto ocorre. Analisaremos e falaremos, pois, apenas em investigação de paternidade.

Esta ação é necessária àqueles casos em que não houve o registro voluntário do filho, para que a mãe possa cobrar a prestação dos alimentos do pai.

Tanto que determina o art. 5º da Lei 883/49 que "na hipótese de ação de investigação de paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais, desde que lhe seja favorável a sentença de 1ª instância, embora se haja, desta, interposto recurso".

Confirma isto a Lei nº 8.560 de 1992, que traz, em seu art. 7º, a previsão de que "sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite".

A ação de investigação de paternidade, apesar de, pelo seu título, por vezes suscitar confusões, visa à proteção ao direito de filiação, e não de paternidade.

Quando a parte ingressa em juízo com uma ação investigatória deseja obter do órgão jurisdicional um provimento no qual se declara aquela relação jurídica preexistente. Trata-se, portanto, de ação declaratória de conhecimento.

É um tipo de ação posta à disposição do filho não reconhecido voluntariamente pelo seu genitor. Obviamente, se se tratar de filho menor, o mesmo será representado ou assistido nos termos da lei civil em vigor.

Vale ressaltar que os filhos, mesmo havidos fora do casamento, uma vez assim declarados judicialmente, terão iguais direitos e qualificação, sendo vedadas quaisquer discriminações relativas ao seu estado, em face do que dispõe a nova ordem constitucional.

Os alimentos, por sua vez, são o complexo conjunto de necessidades básicas de um ser humano para sua sobrevivência e desenvolvimento intelectual. Inclui-se nesse conceito, não só os mantimentos como comida, mas tudo quanto necessário ao desenvolvimento saudável de alguém. Entre eles podem-se enquadrar moradia, ensino e lazer.

4.2. Aspectos

Pelo caráter eminentemente protetivo do direito à filiação e aos alimentos e por envolver direitos de caráter público e de tamanha importância ao ordenamento jurídico brasileiro, trataremos conjuntamente da ação de investigação de paternidade e dos alimentos e traçaremos um paralelo entre ambos, visto como são bastante ligados entre si.

São aspectos importantes de ambas as ações se tratarem de direito personalíssimo, posto que somente o credor pode ingressar em juízo pleiteando o recebimento de prestações alimentícias, sendo defeso a qualquer outra pessoa fazê-lo, mesmo que se trate da genitora.

As ações de investigação de paternidade, também de caráter personalíssimo, têm seu âmbito de pertinência subjetiva adstrito à pessoa em função de quem não foi reconhecida a paternidade, voluntariamente.

Tão-somente o filho é quem tem legitimidade ativa *ad causam* para intentar a dita ação. Normalmente, vê-se a representação do filho menor, feita pela mãe, o que não acarreta ilegitimidade, na opinião de Pereira (2001, p. 89) *o interessado é o próprio filho, que durante a incapacidade fala e age por via de representação*

É também direito irrenunciável, não valendo qualquer declaração de vontade neste sentido. Entretanto, como anota Cahali (1994, p. 52), *a teor do art. 404 do CC, a irrenunciabilidade atinge o direito, não porém o seu exercício.*

Quer isto dizer que, pode alguém não instar o devedor de alimentos a pagá-los, todavia tal ato só fará perder as prestações pretéritas. Quanto às futuras, estas, sim, não podem ser objeto de renúncia.

Nas ações de investigação de paternidade, também há o caráter irrenunciável do direito. Lembra-nos Welter (2000, p. 20): *que consequência da indisponibilidade do direito na investigatória é a impossibilidade de desistência da demanda, incorrendo, inclusive, em nulidade, declaração judicial neste sentido.*

E ainda o aludido autor conclui que, quando houver acordo nos autos, o Ministério Público deve pronunciar-se e, em caso de desistência por parte de quem representa o menor, deve o *parquet* "avocar a legitimidade para prosseguir com a ação, já que o pedido está envelopado em manifesto interesse público".

Igualmente, pela natureza do direito aos alimentos, este não prescreve. A inércia no exercício do direito não prejudica em nada ao credor, senão pela perda das prestações pretéritas.

A qualquer tempo, pode o credor dos alimentos cobrá-los judicialmente. Coexiste com essa imprescritibilidade a previsão na Lei 5.478, no art. 23, da prescrição quinquenal das prestações de alimentos.

Todavia, há que se entender a harmonia entre os dois comandos. O que ocorre, no caso da prescrição quinquenal, é a perda do direito de haver as prestações *periódicas* de alimentos, fixadas por sentença judicial ou mediante acordo entre as partes.

Pode, entretanto, a qualquer tempo, o credor, pleitear pagamento das parcelas atuais.

Quanto à ação de investigação de paternidade, a matéria é dissentânea, tanto entre os doutrinadores, quanto na jurisprudência.

Entendemos ser o melhor ensinamento aquele que aponta no sentido de não prescrever o direito de ação e investigação de paternidade, trata-se de uma ação de estado, de natureza declaratória. Em verdade, quando se intenta esta ação, está-se querendo ver declarado um direito preexistente.

Com efeito, há que se distinguir a natureza da ação de investigação de paternidade com os efeitos patrimoniais de sua declaração, estes, sim, prescritíveis, qual a regra geral.

CONCLUSÃO

O direito à filiação é um direito humano fundamental, reconhecido constitucionalmente e integrante da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil. Assim, tendo por base esses fundamentos pode o filho propor nova ação de investigação de paternidade, quando já existiu pronunciamento judicial que fez coisa julgada material acerca da paternidade, se à época não lhe era viável a realização do exame de DNA.

Esse posicionamento coaduna-se com os fins do Estado e da jurisdição – pacificação justa. Já que não se pode conceber que em um Estado Democrático de Direito prevaleça uma verdade meramente formal, por motivos de conveniência política, sobre a verdade real, cientificamente comprovável.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, Vol. V.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.

CRUZ, José Aparecido. *Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

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.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de direito civil*. V2. São Paulo: Saraiva

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

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