



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

ALINE TARCIANA BATISTA DE ALMEIDA

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

SOUSA - PB
2005

ALINE TARCIANA BATISTA DE ALMEIDA

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, 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. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

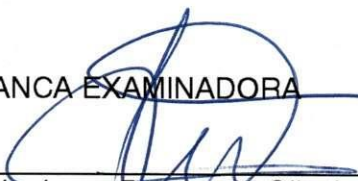
SOUSA - PB
2005

ALINE TARCIANA BATISTA DE ALMEIDA

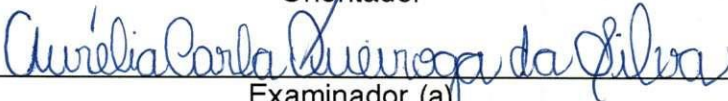
DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE

Monografia aprovada em, _____

BANCA EXAMINADORA



Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador



Aurélio Carlos Queiroga da Silva
Examinador (a)



Jacyrara Farias Souza
Examinador (a)

Sousa - PB
abril/2005

Aos meus pais, amigos fiéis da minha caminhada,
que sempre me apoiaram na realização dos meus
propósitos, ao meu noivo Manoel Júnior pelo
incentivo e palavra amiga, dedico.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por tudo que me tem permitido alcançar na trajetória retilínea da vida.

A minha Mãe e maior AMIGA, Maria Batista de Almeida, pelo incentivo às minhas atividades profissionais e a confiança em mim depositada e principalmente pelas palavras de ternura e carinho.

Ao Mestre Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, pela orientação e dedicação e principalmente, pela garra com que transmite seus vastos conhecimentos.

Aos membros do Curso de Especialização em Processo Civil, especialmente ao Diretor do Campus, Joaquim Alencar, que nos concedeu a oportunidade de participar deste curso, cuja finalidade é aprimorar os nossos conhecimentos na área jurídica.

De um modo particular, a Socorro Duarte, pela presteza e dedicação aos alunos deste curso. A Dannielly e Flávia pela dedicação e ajuda a mim prestada.

Aos meus colegas de Turma, pelo apoio e troca de conhecimentos durante o período do curso, onde de forma amiga, companheira e responsável, transmitiram confiança e respeito, e sempre procuraram me incentivar na difícil batalha pelo ensinamento e conclusão do curso.

“O homem que quer, sabe e pode e é mais forte que um rei. Ainda que sejas presidente de doudas academias e tenhas na mente toda ciência celeste, e toda filosofia de Hegel, e o resultado de todos os laboratórios do mundo, o homem que não sabe assombrar-se e admirar, não é mais que um par de lunetas por detrás das quais existem olhos. A soma das coisas é a infinita conjugação do verbo fazer.”

Carlyle

RESUMO

Este trabalho traz a discussão sobre a relativização da coisa julgada diante do surgimento do exame de DNA, mostrando e sugerindo soluções para casos já julgados e que, no entanto, não puderam se utilizar deste exame, formando um conjunto probatório baseado apenas em provas indiciárias sem certeza técnica. Aborda o conceito e noções gerais sobre a ação de investigação de paternidade, bem como a evolução e a atual conotação do instituto jurídico – processual da coisa julgada, ao qual o sistema jurídico dominante protege de forma absoluta tal qual no período romano quando era definida com a *auctoritas rei judicatae*. Destarte, o instituto da coisa julgada é um elemento de garantia do Estado de Direito, uma vez que põe termo a um debate sobre direitos e deveres, que do contrário se eternizaria, transformando a sociedade em um caos. Questiona a imutabilidade da coisa julgada como solução de equilíbrio, em relação aos novos desafios que a ciência apresenta, a existência de sentenças que atentam contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Para o código, denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467, CPC). Com a publicação, a sentença se torna irretratável para o julgador que a proferiu (art. 463, CPC). Mas, o vencido pode impugná-la, valendo-se do duplo grau de jurisdição consagrado pelo nosso sistema judiciário e pedindo a outro órgão superior da justiça que reexamine o julgado. Isso se faz através de recurso. Traça, ainda, os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. No que se refere à própria investigação de paternidade aberta os meios científicos e não científicos para sua comprovação, relatando de forma simplória o que vem ser o exame de DNA, quando a parte se recusa a submeter-se a tal perícia. Por fim, relata sobre a questionada relativização ou como queira, flexibilização da coisa julgada de um modo particular nas ações de investigação de paternidade.

Palavras-chave: Exame. Coisa Julgada. Investigação de Paternidade. Relativização.

ABSTRACT

This work ahead brings the quarrel on the relativização of the considered thing of the sprouting of the examination of DNA, showing and suggesting solutions for judged cases already and that, however, they had not been able to be used of this examination, forming a probatory set based only in indiciárias tests without certainty technique. It approaches the general concept and slight knowledge on the action of inquiry of paternity, as well as the evolution and the current connotation of the legal institute - procedural of the judged thing, to which the dominant legal system protects of absolute form such which in the Roman period when *judicatae* was definite with the *auctoritas* king. Destarte, the institute of the considered thing is an element of guarantee of the Rule of law, a time that puts term to a debate on rights and duties, that of the the opposite if would eternalize, transforming the society into a chaos. It questions the immutability of the considered thing as balance solution, in relation to the new challenges that science presents, the existence of sentences that attempt against against the morality, the legality, the principles biggest of the Federal Constitution and against the reality imposed for the nature. For the code, material considered thing is called the effectiveness that becomes invariant and unquestionable the sentence, more does not subject the usual or extraordinary resource (art. 467, CPC). With the publication, the sentence if becomes irrevocable for the judge who pronounced it (art. 463, CPC). But, the loser can impugnate it, using themselves the double degree of jurisdiction consecrated for our judiciary system and asking for to another superior agency of the justice that reexamines the judgeship. This if makes through resource. It traces, still, the objective and subjective limits of the considered thing. In that if it relates to the proper inquiry of open paternity the scientific and not scientific ways for its evidence, telling of *simplória* form what it comes to be the DNA examination, when the part if refuses to submit it such skill. Finally, it tells on the questioned relativização or as it wants, flexibilização of the considered thing in a particular way in the actions of inquiry of paternity.

Word-key: Examination. Considered Thing. Inquiry of Paternity. Relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I DA COISA JULGADA.....	12
1.1 Conceito de coisa julgada.....	12
1.2 Modalidades.....	16
1.2.1 Coisa julgada formal e material.....	16
1.3 Limites.....	18
1.3.1 Limites objetivos.....	18
1.3.2 Limites subjetivos.....	20
CAPÍTULO II DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	22
2.1 Considerações sobre a ação de investigação de paternidade.....	22
2.2 Os meios de prova da paternidade.....	24
2.2.1 Meios não científicos.....	25
2.2.2 Meios científicos.....	26
2.3 A coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.....	28
2.4 Do exame de DNA.....	29
2.5 Recusa à submissão a exame de DNA – Posições Jurisprudenciais	38
CAPÍTULO III DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL.....	48
3.1 A relativização da coisa julgada material como fonte de justiça na atualidade.....	48
3.2 Teoria da relativização da coisa julgada aplicada ao direito de família.....	50
3.3 O exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade.....	52
3.4 A relativização da coisa julgada material como garantia à efetividade do processo.....	54
3.5 Posições Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca da Relativização da Coisa Julgada no Direito de Família.....	56
3.6 A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação da paternidade - posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema.....	60
CONCLUSÃO.....	67
ANEXOS.....	70
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

Têm surgido questionamentos em torno da relativização da coisa julgada material, ou melhor, da possibilidade de relativização da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória. Tal problema, que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal. Trata-se precisamente da tensão existente a justiça e a segurança.

Entretanto, apesar de se reconhecer o primado do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema do direito, é certo que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais sempre seria obtível uma decisão justa ainda não possibilitam sua execução fática. Em outras palavras, ainda não existem condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo.

Diante disso, a falta de critérios seguros e racionais para a relativização da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua *desconsideração*, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça.

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

Um exemplo claro deste avanço, ocorre nas ações de investigação de paternidade. A certeza quase absoluta do exame de DNA permite que processos,

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

Com a evolução do processo científico, 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.

Se para os casos futuros a solução é simples, resta-nos analisar a possibilidade de que o exame de DNA seja utilizado para a resolução de processos que ficaram indefinidos em razão da prova não ser suficiente para atribuir a paternidade ao réu. A renovação destes processos esbarra na coisa julgada e neste trabalho analisaremos a possibilidade da renovação destes processos.

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.

A metodologia empregada para produção e elaboração da pesquisa monográfica trata-se do método exegético-jurídico, método pelo qual busca-se interpretar o sentido da lei pertinente à matéria.

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.

O assunto é de suma importância para a sociedade, pois demonstra o que vem surgindo nos tribunais e na mais moderna doutrina sobre a necessidade de se questionar a imutabilidade, gerada pelo instituto, das sentenças transitadas em julgado, através da tese da relativização da coisa julgada.

A investigação não mina imprudentemente a autoridade da coisa julgada, nem mesmo vai contra o que a seu respeito assegura a Constituição Federal de 1988, mas discute a necessidade da convivência entre todos os princípios constitucionais, sem que nenhum seja tratado como absoluto.

Demonstra que a exigência da segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, não pode ser maior do que a de justiça e legitimidade das decisões. Suscita a questão de que a ordem constitucional não tolera que se eternizem litígios. Analisa um tratamento extraordinário ao instituto da coisa julgada, destinado a situações extraordinárias, visando afastar absurdos como fraudes, injustiças flagrantes ou até infrações à Constituição Federal 1988. Mantendo, logicamente, o cuidado de não instigar uma inversão, em que a garantia da coisa julgada passasse a valer em casos isolados, e sua infringência se tornasse regra geral.

CAPÍTULO I DA COISA JULGADA

Inicialmente procuraremos nessa pesquisa monográfica apresentar um estudo sobre o conceito, modalidades, coisa julgada formal e material, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada com o intuito de melhor introduzir e demonstrar a viabilização da aplicabilidade da teoria da relativização da coisa julgada.

1.1 Conceito de coisa julgada

As definições legais do instituto da coisa julgada aparecem no teor do § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e no artigo 467 do Código de Processo Civil que preleciona:

Art.6, § 3 LICC

Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Art. 467 CPC

Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Todavia, estes dispositivos não esgotam a compreensão do tema, sendo, portanto a noção mais comum difundida entre os profissionais das atividades

forenses, a que a identifica com qualquer pronunciamento do juiz, que por não mais comportar recurso, tornou-se imutável.

A doutrina, em sua maioria, sempre foi contundente, ressaltando a relevância da imutabilidade e da imperatividade dos efeitos ou do comando da sentença coberta pela coisa julgada: A coisa julgada material é atributo normal do pronunciamento do juiz que acolhe ou rejeita o pedido do autor; irradia efeitos para fora do processo em que o julgamento foi proferido e os projeta para o futuro, porque vinculam indistintamente todos quantos devam respeitar sua autoridade e opera não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas.

A esta constância do resultado, a estabilidade que torna a sentença indiscutível para sempre entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido, é o que se denomina coisa julgada material.

◦ Como afirma Moreira (1988, p. 97) ao proferir a sentença de mérito o órgão judicial formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida à sua apreciação. Necessidades de ordem prática exigem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. Para ele:

A lei atende a tal exigência tornando imutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença. Nesse momento – que, no direito brasileiro, é aquele em que já nenhum recurso pode ser interposto contra a decisão -, diz-se que esta transita em julgado.

Ao fazer a sua análise sobre a coisa julgada, Perelman (1996, p. 586) compara inicialmente a liberdade que tem o cientista independente em suas pesquisas com o juiz que não possui essa mesma liberdade, pois não escolhe os

processos que terá de analisar, ficando encarregado de julgar uma lide e, ao fazê-la, realiza um ato de soberania, cuja meta é estabelecer a paz judiciária, dizendo o que é conforme ao direito. Segundo ele, suas:

Decisões terão a autoridade da coisa julgada, após a expiração dos prazos previstos para interpor apelação e recurso de cassação. A coisa julgada é tida como verdadeira, e as partes devem submeter-se às conclusões do tribunal. Aliás, são essas conclusões que o mais das vezes lhes importam, bem mais do que a realidade dos fatos, que constituem apenas um meio de fundamentar as conseqüências jurídicas que deles decorrem.

Esse pensamento de Perelman retrata uma situação consolidada com o positivismo jurídico que trouxe, um grande prestígio a coisa julgada, especialmente pelo fato de se trabalhar com a sentença dentro de um raciocínio lógico formal, onde uma vez formado o silogismo, tinha-se como incensurável o ato decisório, o qual só poderia sofrer impugnação dentro do mesmo processo enquanto não passasse em julgado. Após o trânsito em julgado, somente em casos excepcionais poder-se-ia corrigir os raros defeitos que o legislador entendeu ou entende como relevantes para uma rescisão do julgado.

Tendo em vista a posição exercida pelo juiz na relação jurídica processual, isto é, de sujeito obrigatoriamente imparcial, poderíamos facilmente conferir às suas decisões o caráter de imutabilidade. Mas não é isso que acontece nos ordenamentos jurídicos em geral. Juízes não são máquinas. São seres humanos e, assim, vulneráveis a erros e injustiças variados. É da natureza humana, pois, a exigência de se possibilitar o reexame do ato decisório.

Portanto, as decisões emitidas pelos Juízes, desde que, dentro do prazo e forma determinados em lei, são passíveis de recursos e, enquanto couber recurso, a sentença pode ser modificada, não dando segurança para as partes. Com a

expiração dos prazos para os recursos a sentença começa a produzir os seus efeitos em toda esfera jurisdicional.

Foi dito, pois, que com a preclusão dos prazos para as interposições de recursos ou não cabendo mais qualquer tipo de impugnação e apelo das decisões, a sentença transitou em julgado, tornando-se, conseqüentemente imutável.

Antes ainda de estudar o instituto da coisa julgada, necessário se faz, principalmente por estar intimamente ligado a este instituto e por ser um antecedente lógico, que estudemos os elementos identificadores das ações.

Tais elementos são dados objetivos de que dispõem os juristas para conhecer e identificar se uma demanda é idêntica à outra. Estes elementos são: a) partes; b) pedido e; c) causa de pedir. Parte é o sujeito que integra uma relação jurídica de direito processual, ou quem requer e quem contra requer. Já o pedido é o objeto da demanda, ou seja, aquilo que se pretende obter através da atuação jurisdicional. Todavia, pertinente observar que a doutrina costuma dividir o objeto da demanda em mediato e imediato, sendo aquele o bem jurídico pretendido, e este, a espécie de tutela invocada. Por fim, a causa de pedir é definida como sendo o fundamento da demanda.

Ao concluir, e uma vez conhecido os elementos identificadores da ação, sempre que houver entre demandas a identidade de três elementos identificados acima, podemos ter de acordo com o estado do processo a litispendência se ambas as ações estiveram em curso e, coisa julgada, se uma delas já tiver julgada definitivamente.

Vencida esta etapa, passamos a definir coisa julgada, de acordo com o Código de Processo Civil, art. 467: "denomina-se coisa julgada material a eficácia,

que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Pacificado na doutrina a divisão da coisa julgada em dois patamares diferentes, coisa julgada formal e coisa julgada material. A seguir detalharemos.

1.2 Modalidades

A coisa julgada pode ser vista sob duas modalidades: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A primeira sempre se empregando para o processo que foi extinto sem análise do mérito, enquanto a segunda se refere aos casos em que houve julgamento do mérito ou a lei empresta a mesma força por haver reflexo da sentença extinguindo o direito material posto. Sobre elas iremos discorrer a seguir.

1.2.1 Coisa julgada formal e material

A coisa julgada formal difere da coisa julgada material, pois a primeira se limita a produção de efeitos endoprocessuais, enquanto que a segunda lança seus efeitos de forma pan-processual, se impondo perante demandas diversas daquela em que se verificou, e como consequência torna inadmissível novo exame de

matéria e solução diferente sobre a mesma relação jurídica, tanto no mesmo juízo quanto em juízo diverso de que a apreciou.

Santos (1985, p. 43) explica bem a coisa julgada material ao reconhecer que ela vai além dos efeitos produzidos na coisa julgada formal, pois o comando daí emergente, torna-se definitivo e imutável, mesmo fora do processo. Afirma o mestre:

Em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no mesmo processo em que foi proferida, tornam-se imutáveis os seus efeitos (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo). O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo. E aí se tem o que se chama coisa julgada material, ou coisa julgada substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.

O artigo 467 do Álbum Processual Civil define que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

O recurso é o meio legal de reexame da matéria, e deve observar as regras definidas na lei processual. Somente depois de vencido o prazo certo e preclusivo estipulado pela lei, sem que tenha havido manifestação do vencido, ou após terem sido decididos todos os recursos interpostos é que a sentença será definitiva e imutável, alcançando, portanto o status de coisa julgada. Contra o seu conteúdo, portanto, não poderão reagir nem os tribunais, porque segundo o artigo 467 do CPC estarão proibidos de decidir novamente a mesma lide, nem os legisladores, que estarão impedidos de legislar, retroativamente, em prejuízo da *res iudicata* (art. 5º da CF).

A sentença embora tenha atingido a condição de imutabilidade, ela pode ser objeto de ação rescisória, e por um prazo de dois anos ela pode ser rescindida. Existindo um dos casos previstos no artigo 485 do CPC, onde o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança jurídica em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.

Transcorrido o prazo decadencial estabelecido na lei para a propositura da ação, a sentença atinge o grau de coisa soberanamente julgada, ainda que a solução possa causar certa perplexidade.

1.3 Limites

É de grande relevância o estudo dos limites subjetivos e objetivos no que tange a extensão da autoridade da coisa julgada. Os limites subjetivos porque dizem respeito a quem está sujeito à autoridade do instituto, e os limites objetivos por definirem o quê na decisão adquire o selo da imutabilidade, tornando-a indiscutível. Sobre a matéria a doutrina não é pacífica.

1.3.1 Limites objetivos

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, estes são relevantes para determinar sobre que pontos operaram-se a coisa julgada, determinando os contornos da lide, de modo a distingui-la de outras.

Lima (1997, p. 30) explica o tema dizendo que:

O estudo dos limites objetivos da coisa julgada se presta a estabelecer o que da sentença se reveste daquela qualidade de imutabilidade e o que fica de fora. Ou por outra, se destina a separar, das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas que restam protegidas pelo manto da coisa julgada. A coisa julgada somente apanha a parte dispositiva da sentença, ou seja, a parte final, onde se soluciona o mérito da pretensão deduzida.

Ainda complementa afirmando que ao se dirigir ao Judiciário, o postulante solicita uma prestação jurisdicional específica, consistente em uma declaração, ou numa condenação, ou numa execução, ou em um mandar, ou num constituir, ou numa combinação destas cargas eficaciais. Depois acrescenta:

Ao julgar a lide o juiz ou defere a prestação pedida e a sentença, neste caso, tem obrigatoriamente, quanto à eficácia, a mesma carga eficaz do pedido, ou a indefere, e a sentença, aqui, será sempre declaratória negativa. E a coisa julgada material sempre se limitará ao comando emergente da sentença, decorrente da Jurisdição e co-extensivo do pedido.

O tema é explicado também por Moreira (Idem, p. 31) ao dizer que o art. 468 reproduz, sem as deformações do art. 287, *caput* (Código de 39), a fórmula carneluttiana:

A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Apenas a lide é *julgada*; e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão nos limites em que foi proposta (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.

Assim, a coisa julgada se limita ao que foi objeto de decisão pelo julgador, pois somente a parte decisória está contemplada com o seu manto.

1.3.2 Limites subjetivos

Os limites subjetivos da coisa julgada consistem em determinar os sujeitos de direito a quem a decisão prejudica ou beneficia.

Lima (1997, p. 38-42) diz que:

Limite Subjetivo da Coisa Julgada quer dizer que somente aqueles que são atingidos pela coisa julgada, aí incluído o estudo da possibilidade de a sentença produzir efeitos num universo de indivíduos maior do que o daquele atingidos pelas demais eficácias da sentença, ou seja, limite subjetivo da coisa julgada é a definição das pessoas que se submetem à imutabilidade do comando inserido na sentença, bem assim das pessoas que sofrem qualquer laivo de eficácia decorrente da decisão.

Para este doutrinador, o problema de que a coisa julgada se estenda exclusivamente às partes:

Não é bem entendido pelo povo que, raciocinando a partir da premissa de que a sentença contenha obrigatoriamente a solução correta, não aceita que uma segunda decisão, ainda que prolatada ante partes diversas, venha a sufragar entendimento diferente, incompatível com o primeiro. Por isso mesmo, sempre é motivo de desconfiança e milita contra a consideração que a sociedade tem pelo Judiciário soluções diferentes para casos iguais.

Azambuja (1994, p. 60-1), contribui com essa crítica de Paulo Roberto afirmando: "Também, somente num esquema, ou forma privatista do processo e da

coisa julgada, podemos aceitar o dogma romano de fazer a autoridade da coisa julgada meramente aos que participaram do feito”.

E depois assevera a mesma autora:

É, porém, tal acepção e limite subjetivo mais uma confirmação da privatização da coisa julgada, ou da decisão a fatos e direitos exclusivamente privados, onde os interesses privados dos outros não poderiam ser atingidos pela transação, ou definição dos interesses privados das partes.

Ou seja, vê-se que, segunda o posicionamento da supracitada autora, a coisa julgada, e em especial, as decisões, deve-se respeitar os interesses privados de forma que não venha a atingir a transação.

CAPÍTULO II DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Nesse segundo momento teceremos algumas considerações sobre a ação de investigação de paternidade, os meios de prova da paternidade: científicos e não científicos, a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, do exame de DNA, a recusa à submissão a exame de DNA e as posições Jurisprudenciais sobre o assunto em estudo.

2.1 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 embasadora 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-se reconhecida a filiação é direito fundamental da criança e do adolescente, sendo o meio processual que garante a efetividade desse

direito a ação investigatória de paternidade, prevista em nosso ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916.

A ação de investigação de paternidade 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), tomando a ação o rito comum ordinário, de 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 do Novo Código Civil). 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.

O doutrinador Monteiro (1996, p. 63) 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 do Novo Código Civil".

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 Novo Código Civil), devendo 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.

É plenamente possível 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. Em 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 é 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.

2.2 Os meios de prova da paternidade

Na ação de investigação de paternidade, a *causa petendi* é 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,

segundo Fernandes, em seu artigo intitulado A Autoridade da Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade: os meios científicos e os não científicos.

2.2.1. Meios não científicos

Os meios não científicos, segundo a exposição da autora, apresentam-se da seguinte forma:

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 – como qualquer situação fática, a paternidade pode ser provada por testemunhas. O valor da prova testemunhal também é relativo. As testemunhas, nesse caso, pela natureza do fato a ser provado, fazem parte do círculo de convivência e amizade das partes, podendo ter suas declarações influenciadas por essas relações. Além disso, a paternidade é fato biológico, devendo ser comprovada por meios capazes de verificar essa vinculação.

Exame prosopográfico – verificação da semelhança física entre investigante e investigado, realizada pela justaposição de fotografias por cortes longitudinais e transversais. Esse meio de prova também é fraco, não autorizando à certeza quanto à paternidade, pois pessoas que não possuem relação de parentesco alguma podem ser fisicamente semelhantes.

2.2.2 Meios científicos

Sendo o objeto de prova na ação de investigação a paternidade como vínculo biológico, genético, a ciência é o único meio de conferir certeza à filiação. São espécies desses meios:

Sistema ABO – tipagem sangüínea – não comprova positivamente a paternidade, apenas tem força para excluir a paternidade. É realizado pela verificação da tipagem sangüínea do investigado, do investigante e da mãe, realizando-se o cruzamento entre a do investigado e da mãe e verificando a possibilidade ou não de filiação. Somente exclui a paternidade, devido ao grande número de indivíduos com o mesmo tipo sangüíneo.

Sistema M e N – buscou aprimorar o sistema ABO, realizando-se a verificação não só dos grupos sangüíneos, mas também dos antígenos M e N, que formam os tipos sangüíneos M, MN e N. Também é meramente exclusivo da paternidade.

Sistema Rh – da mesma forma do que os dois anteriores, só têm força para excluir a paternidade, porque o fator Rh é idêntico em grande número de pessoas.

Sistema de histocompatibilidade – antígeno leucocitário humano (HLA) – representou um grande avanço nos meios de investigação de paternidade, pois não tem caráter meramente exclusivo como os sistemas anteriores, conferindo certa certeza científica a respeito da paternidade. Foi aceito pela OMS em 1970 como meio de comprovação da paternidade. Para a análise colhia-se amostra de sangue do suposto pai, da mãe e do filho e fazia-se a separação dos leucócitos, a fim de

verificar a incidência de antígenos capazes de excluir ou considerar viável a paternidade. Eram utilizados vários antígenos para reduzir a margem de erro, todavia não dava prova cabal da paternidade. A margem de acerto entre 86% e 99%.

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 desoxirribonucléico 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.

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.

O exame de DNA é considerado o meio de prova pericial na ação de investigação de paternidade que nunca deveria ser descartado pelos julgadores,

dado ao grau de indisponibilidade do direito da filiação, sendo considerado o método mais preciso para identificação da paternidade. No entanto, é necessário lembrar, 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.

2.3 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 Silva (2000), "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, onde a força da coisa julgada é reconhecida constitucionalmente, por imperativo do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal que 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, segundo artigo apresentado por Raskin, onde traz um estudo sobre o teste de paternidade e maternidade em DNA.

2.4 Do exame de DNA

O DNA pode ser detectado no núcleo (centro) de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemáceas) que não tem núcleo e, portanto, não tem DNA. Assim, o DNA das células brancas do sangue é exatamente igual ao DNA das células da pele, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos e das células contidas na urina, sendo formado no momento da concepção e jamais mudará, mesmo depois da morte. Nem mesmo a

ingestão de drogas, medicamentos, radiação, não produzem mudanças no DNA que possam alterar o resultado de um teste de paternidade deste tipo.

Como o exame em DNA para determinação de Paternidade deve ser feito apenas com o consentimento de todas as partes envolvidas, o material coletado é na grande maioria das vezes sangue venoso do braço, pela facilidade de coleta e pelo fato de se obter grande quantidade de DNA das células brancas sangüíneas.

A análise em DNA é o meio mais preciso disponível atualmente para determinação de paternidades ou maternidades duvidosas. DNA é a abreviação do ácido desoxirribonucléico, considerado o tijolo de construção genético da vida. É a extrema variabilidade a nível de DNA que supera a variabilidade de outros sistemas utilizados anteriormente (ABO, Rh, HLA, etc). Através de sua análise pode-se diferenciar um indivíduo do outro, já que todas as pessoas apresentam um padrão único em seu DNA, menos os gêmeos idênticos (univitelinos).

Já existem diversos casos onde exames sangüíneos da era pré-DNA (inclusive o HLA) não foram capazes de absolver indivíduos que o teste em DNA demonstrou, posteriormente, tratar-se claramente de exclusão, ou seja, o suposto pai não era o pai biológico.

Existem muitos tipos de exames de sangue que tentam resolver casos de dúvidas sobre paternidade. Esses exames variam desde a tipagem dos grupos sangüíneos ABO, tipagem do HLA, até o DNA que é o mais exato. O exame de HLA, muito utilizado no passado e ainda hoje quando não se dispõe da moderna tecnologia do DNA, vem sendo rapidamente substituído pelo de DNA nos últimos anos.

O uso do sistema HLA em testes de paternidade recorre em duas limitações; a primeira refere-se ao seu baixo poder de exclusão quando comparado

ao DNA. Por exemplo, entre cada cem homens que estejam sendo falsamente acusados de determinada paternidade, o exame por HLA só poderá inocentar 95. Cinco homens que não são o pai biológico permanecerão sendo acusados após o teste por HLA. O exame de DNA descartaria os 100 homens falsamente acusados. A segunda limitação é que o HLA, nos casos aonde este exame não demonstra exclusão de paternidade, não consegue atribuir a paternidade, ou seja, afirmar que aquele indivíduo é o pai biológico, e mais nenhum outro da população.

O DNA é o único tipo de perícia sangüínea que resolve todas estas dúvidas deixadas pelos exames de HLA. Tem arquivado casos judiciais aonde o HLA não conseguiu excluir a paternidade, o suposto pai então assumiu a paternidade, e muitos anos mais tarde, o teste com DNA mostrou que ele não era o pai biológico, como também casos aonde o HLA excluiu um indivíduo de ser o pai biológico, e o exame de DNA mostrou que ele era o pai biológico. Ao repetir o exame de HLA. Foi comprovado um erro laboratorial no exame de HLA, comprovando que o indivíduo era realmente o pai.

Não há limite de idade para a análise de DNA, pode ser feito em bebês, recém-nascidos ou ainda durante a gravidez. O exame em DNA, também, pode ser feito com sangue tirado há semanas, meses ou até mesmo anos. Isto porque o DNA é uma molécula estável e pode ser extraído e congelado por períodos prolongados, dando maior flexibilidade ao exame e permitindo fazer o teste na ausência de pessoas-chaves, como por exemplo, a mãe e o próprio suposto pai. Também é possível testar avós, irmãos e outros filhos quando o suposto pai está morto ou não se dispõe a fazer o teste.

Porém, a maior vantagem, sem dúvida, é a precisão do exame do DNA. A tipagem sangüínea ABO só consegue excluir 13 em cada 100 indivíduos

falsamente acusados e o HLA, nos melhores laboratórios do mundo, só consegue excluir 95 em cada 100 indivíduos falsamente acusados. O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA por P.C.R. (Técnica de Reação em Cadeia Polimerase – método “*in vitro*” que sintetiza seqüências específicas do DNA) automaticamente significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima.

O teste de determinação de paternidade pode ser feito através do fio de cabelo, preferencialmente não do fio (caule), porém da raiz, aonde existe DNA. Mas todo teste de Paternidade ou Maternidade só deve ser feito com a autorização prévia de todos os envolvidos. Sendo preferível sempre fazer o teste a partir das células brancas do sangue coletado da veia do braço, pois aí obtem-se uma quantidade muito maior de DNA. Utiliza-se a raiz do cabelo apenas quando há uma suspeita forte de transfusão sangüínea ou transplante de medula antes da coleta, ou nos casos criminais aonde não se dispõe de outros materiais.

A análise em DNA é o teste de paternidade mais preciso possível atualmente. A chance do teste em DNA por P.C.R. detectar um homem que esteja sendo falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99,99%. Se ele não for excluído de ser o pai biológico pelo teste de P.C.R., a probabilidade de que ele mesmo seja o pai biológico varia de 99,99% a 99,9999%, de caso para caso. Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, este é um teste absolutamente preciso. Um resultado de exclusão significa com 100% de certeza que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, que são números acima de 99,99%, resolvendo inequivocamente todas as disputas.

Os Laboratórios que oferecem o teste devem, obrigatoriamente, adotar um controle de qualidade, desde a etapa de identificação dos indivíduos, até a

elaboração e entrega do laudo. Já no momento da coleta, exige-se sempre a presença de todos os envolvidos ao mesmo tempo, para propiciar a mútua identificação das partes, que através de documentos de identidade com fotografia são identificadas.

Neste momento, assinam declarações padronizadas autorizando a realização do exame, declarando não terem se submetido a transplante de medula nem a transfusão sanguínea recente, e deixam uma prova datilográfica (letra e assinatura), datiloscópica (impressão digital de todos os envolvidos, inclusive crianças) e fotográfica + datilográfica (é tirada uma fotografia única, contendo todos os indivíduos, com câmera Polaroid, que revelada em poucos segundos é oferecida às partes para que assinem e datem).

Obtidas estas provas, realiza-se a coleta de sangue (rotineiramente da veia de um dos braços) diretamente em frascos datados e numerados com o código daquele caso específico, já que a partir deste momento os frascos não terão o nome das partes envolvidas, mas apenas um número-código para preservar a privacidade. Feito a coleta em tubo fechado à vácuo, a parte coletada rubrica o tubo, que é então mostrado às outras partes. São colhidos normalmente três tubos por pessoa, sendo que um tubo ficará estocado no Laboratório, e os outros dois seguirão para a extração de DNA por duas equipes independentes do laboratório.

Após a extração, e antes do Teste propriamente dito, o DNA de cada indivíduo é testado para seqüências de DNA específico de indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino. Obviamente o DNA da mãe deve ter seqüências compatíveis com o sexo genético feminino, o DNA do suposto pai compatíveis com o sexo genético masculino, e o do filho com o seu sexo.

Este procedimento é realizado como mais um controle para evitar trocas de amostras seja na coleta, remessa do material ao laboratório que fará a parte analítica, cadastramento das amostras ou na etapa de extração de DNA. Feita a análise propriamente dita pelos dois grupos independentes do laboratório, as análises e respectivos resultados são enviados ao Diretor do Laboratório, única pessoa a confrontar as análises e responsável final pelo laudo.

No confronto das análises independentes, que para serem aceitas devem ser obviamente idênticas mais alguns controles de qualidade são feitos, como comparar o DNA do filho e da mãe (teste de maternidade). Caso a análise mostre nos dois exames que o suposto pai não é o pai biológico, o exame é repetido novamente às cegas pelas duas equipes. Cabe aqui ressaltar que um erro técnico-analítico, do tipo troca entre amostras no laboratório, jamais poderá criar uma falsa inclusão, podendo teoricamente criar uma falsa exclusão, a não ser que o pai biológico estivesse realizando análises no mesmo laboratório, na mesma época.

Os Laboratórios conveniados que coletam e enviam amostras para um Laboratório de referência devem seguir este mesmo ritual rígido, e quando as amostras chegam ao Laboratório de referência, um Fax deve ser imediatamente enviado ao Laboratório conveniado para acusar o recebimento das amostras, onde qualquer possível violação no kit de remessa é descrito. Quando o laudo fica pronto, este deve ser lacrado e enviado ao Laboratório conveniado, e um Fax deve ser enviado alertando que o laudo deve chegar em 12h a 48 horas. Os laudos devem ser feitos em folhas contendo o Logotipo patenteado do Laboratório, o que dificulta qualquer tentativa de adulteração.

Tomadas todas estas precauções para manter a cadeia de custódia e a qualidade do exame, o sangue pode ser coletado por praticamente qualquer

profissional de saúde, em qualquer cidade, contanto que os profissionais do laboratório recebam treinamento especial para adotar os rígidos controles de qualidade essenciais a este tipo de exame.

Depois de coletado, o sangue é transportado em kits especiais para a sede do Laboratório aonde as amostras serão efetivamente analisadas. Os testes serão então feitos por cientistas treinados e especializados e todas as etapas serão revistas pelo diretor do laboratório, profissional responsável pelo laudo final. Este profissional deve ser de preferência um Médico Especialista em Genética, segundo o Conselho Federal de Medicina, conforme a resolução 2.779/96 deste órgão normativo, por ser o exame de Paternidade DNA considerado um ato médico.

Pessoas usuárias de drogas ou medicamentos podem se submeter ao exame, uma vez que o uso de qualquer medicamento, a ingestão de bebidas alcóolicas ou uso de drogas não afetará o exame, pois o padrão de DNA de um indivíduo não é alterado por drogas, álcool, medicamentos, alimentos, idade ou modo de vida.

Não há necessidade de jejum nem mudanças na rotina antes de tirar o sangue para o exame, da mesma forma, crianças de qualquer idade podem ser examinadas, não precisa ter uma idade certa para se submeter ao teste. Ao contrário dos exames de sangue tradicionais, em que a criança precisava ter 6 meses de vida, não há limite de idade no caso do DNA. Crianças recém-natas foram examinadas, bem como bebês cujo sangue foi coletado, ao nascer, do cordão umbilical. Com o advento da técnica de P.C.R. (Técnica de Reação em Cadeia Polimerase – método “in vitro” que sintetiza seqüências específicas do DNA), mesmo quantidades mínimas de DNA podem ser multiplicadas milhões de vezes, permitindo

até, se for o caso, que a coleta seja feita através de cotonetes suavemente raspados da mucosa oral, para evitar a coleta de sangue de crianças.

O teste de DNA ainda pode ser feito antes do nascimento da criança, pois com o advento da técnica de P.C.R. o teste pode ser feito através da análise em DNA contido nas células do líquido amniótico ou das vilosidades coriônicas da placenta, ao redor do início do quarto mês de gestação. Porém, este tipo de exame só deveria ser feito com o consentimento do casal e declaração que o resultado não será utilizado para interrupção da gestação, a não ser em casos de estupro confirmado. A mesma análise pode ser feita a partir do tecido fetal post-mortem, quando se faz necessário confirmar o pai biológico, como, por exemplo, em casos de interrupção da gestação causada por estupro aonde existe um forte indício de determinado suspeito de ter cometido o crime, podendo este exame ser usado a posteriori como prova de que o acusado realmente teve relacionamento sexual com a vítima.

É possível, também, a realização do exame se o suposto pai ou outros indivíduos importantes para o exame estiverem mortos ou não disponíveis para o exame, neste caso, o teste da paternidade poderá ser feito através das seguintes opções:

Sangue coletado previamente e depositado em Banco de DNA "ad perpetum "

Material de exumação (ossos, dentes). A análise será possível caso o material esteja em quantidade suficiente, estado de conservação adequado e somente quando a exumação for feita sob custódia do Instituto Médico Legal.

Há situações nas quais deve-se tomar precauções extras antes ou após a realização do teste em DNA, como é o caso de transfusão sangüínea nos últimos 90 dias antes da coleta de sangue ou transplante de medula óssea, merecem uma

precaução especial. Ambas as situações devem ser sempre questionadas nas declarações padronizadas que devem ser fornecidas pelo laboratório que fará a coleta, devendo ser preenchidas pelas partes neste ato.

Porém, caso haja omissão nesta informação, o exame de DNA detectará a presença do componente genético de dois indivíduos em uma única amostra (doador e receptor) indicando que o teste deve ser repetido com nova coleta. Quando alguma parte suspeitar que alguma destas duas situações possa estar ocorrendo, basta solicitar que na coleta, além do sangue, seja também coletada amostra da mucosa oral (saliva), ou raízes de cabelos, que contêm o DNA "original" da pessoa. Como última alternativa, caso esta suspeita seja posterior a coleta, basta solicitar uma contra-prova com este tipo de material.

O teste de DNA é capaz de tirar a dúvida quando o suposto pai tiver irmão que possa ser o verdadeiro pai biológico, pois este teste é o único que tem esta capacidade, pois mesmo dois irmãos ou até gêmeos diferentes, possuem 50% de seu DNA diferentes. Esta diferença só pode ser detectada pelo teste em DNA. A única situação que não pode ser distinguida é quando o suposto pai tiver um irmão gêmeo idêntico que possa ser o verdadeiro pai biológico.

Quanto à possibilidade de guardar o material genético de um indivíduo para possível uso futuro deste DNA em teste de paternidade, mesmo após a morte é plenamente possível através de laboratórios que dispõem de um Banco de DNA. Basta que o interessado autorize através de declaração lavrada em cartório a coletar o seu sangue, extrair DNA e estocá-lo "*ad perpetum*".

A autorização deve incluir a possibilidade de usarmos o DNA mesmo após a morte do indivíduo, se houver dúvidas em relação a possíveis filhos biológicos deste indivíduo. Esta prática cada vez mais freqüente é de grande

utilidade para evitar os constrangimentos morais e psicológicos gerados quando da necessidade de futuras exumações. Nestes casos, o Laboratório deve seguir uma série de cuidados extras, como, por exemplo, estocar 50% do DNA em sua própria sede e os outros 50% do DNA em outro ambiente físico sigiloso.

2.5 Recusa à submissão a exame de DNA – Posições Jurisprudenciais

Trata-se neste ponto de uma breve reflexão sobre os artigos 231 e 232 do Novo Código Civil, relacionando-os com o tema específico da recusa feita pela parte em processo de investigação de paternidade, para reconhecê-la ou negá-la, a se submeter a exame de DNA, segundo estudo realizado por Martins.

A questão que se afigura se relaciona com princípios outrora tidos como inquestionáveis no pensamento jurídico pátrio, mas que, atualmente, tem sua aplicação posta em cheque no tocante à prerrogativa de valor absoluto. Tais princípios são, basicamente, os da (a) inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo, de onde decorre o corolário do direito ao silêncio, do (b) direito à intimidade e do (c) direito à inviolabilidade do próprio corpo. Esses são os princípios geralmente invocados pela parte que deseja se esquivar de se submeter a exames médico-periciais em geral, e, especificamente, ao exame de DNA.

O argumento, nessa seara, é simples, aduzindo que não pode a parte se ver forçada a ceder material genético seu, pois se tal fato ocorresse, seria uma violação ao direito à intimidade, já que esse material, que comporta informações

individuais da parte, tais como propensões a doenças ou doenças já contraídas, como a AIDS, por exemplo, estariam sendo expostas sem o seu consentimento.

Por outro lado, a parte deve ter garantido o seu direito à inviolabilidade de seu corpo, de modo que, para a realização coercitiva de tal exame, seria necessário, via de regra, que se procedesse à extração forçada de porções do corpo da parte, tais como sangue, fios de cabelo, mucosas, etc., o que feriria o comentado direito. Ademais, se a parte se vê forçada a colaborar para a produção de exame médico-pericial, poderia estar, em última análise, sendo forçada a produzir provas contra si mesmo, o que é rechaçado, em regra, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, se tais princípios jurídicos continuam em voga, também é verdade que os mesmos vêm sendo, recentemente, questionados quanto à sua suposta prevalência absoluta diante de outros direitos. Assim, afigura-se a possibilidade de outros direitos serem vistos, em certos casos, como mais relevantes, portanto, merecedores de maior proteção do nosso ordenamento jurídico.

Esse parece ser o caso do direito do filho à paternidade, ou, formulando de outro modo, o direito que o indivíduo tem de saber se é ou não, em realidade, filho ou pai de determinada pessoa. Assim, vem havendo uma mudança nos ventos do pensamento jurídico pátrio, que nos conduz à interpretação segundo a qual esse direito se sobrepõe àqueles outros invocados pela parte contrária para se esquivar da realização do dito exame.

A jurisprudência pátria já vinha nos apontando para esse novo horizonte, embora de modo não uniforme. Citemos, à guisa de exemplo desta falta de uniformidade, dois julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Ementa: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRECLUSÃO. PROVAS. ALIMENTOS. MONTANTE. (...) a recusa injustificada do suposto pai em se submeter a exame de DNA firma a presunção de paternidade, máxime se é corroborada por outras provas e ele, na contestação, admitiu o relacionamento amoroso que manteve com a mãe da autora. (Apelação Cível 20000910061593APC DF, Acórdão Número: 161264, Relator: Jair Soares, DJU: 09/10/2002, Data de Julgamento: 01/07/2002 - 1ª Turma Cível)

Ementa DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME COMPARATIVO DAS IMPRESSÕES DIGITAIS DO DNA. RECUSA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO COERCITIVA. COMPORTAMENTO ACOBERTADO PELOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. O nosso ordenamento jurídico, em especial a constituição federal, nos incisos II, X e LX, do artigo 5º, patenteia que é ilusória a idéia que a contraparte tem a obrigação legal de contribuir na produção da prova pretendida pela outra; a fortiori, quando a prova almejada inclui a necessidade do fornecimento coercitivo de amostra de material genético. Questão deslindada pelo tribunal pleno do excelso pretório no julgamento do habeas corpus nº 71373, relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, dju do dia 22/11/96, p. 45686. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento 20020020041296AGI DF, Registro do Acórdão Número: 161078, Relator: Angelo Canducci Passareli, DJU: 09/10/2002 Pág.: 70, Data de Julgamento: 19/08/2002 - 5ª Turma Cível)

Também nos tribunais superiores não se verifica harmonia entre os julgados relativos à presente temática. Por um lado, temos o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe decidir, em última instância, sobre a interpretação da legislação federal, a nos apontar o seguinte rumo:

Ementa: Recurso especial. Processual civil e civil. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Divergência jurisprudencial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Réu. Recusa. Presunção de paternidade. (...) Ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade. (Acórdão: REsp 256161/DF ; Recurso Especial 2000/0039455, DJ Data:18/02/2002 PG:00411 RSTJ Vol.:00153 PG:00252 – 3ª Turma)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME HEMATOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA induz presunção que milita contra sua irresignação. (...) Recurso especial não conhecido. (Acórdão: REsp 55958/RS; Recurso Especial 1994/0032252, DJ Data: 14/06/1999 PG: 00192 – 4ª Turma)

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, texto onde reside a maioria das garantias individuais invocadas pela parte que se recusa a se submeter aos exames médico-periciais, nos aponta para caminhos outros. É o que se depreende dos seguintes julgados:

Ementa 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. (HC 71373 / RS - Rio Grande do Sul, Relator(a): Min. Francisco Rezek, DJ Data-22-11-96 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397, Publicação: Julgamento: 10/11/1994 - Tribunal Pleno).

A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, considerada a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Ementa: DNA: SUBMISSÃO COMPULSÓRIA AO FORNECIMENTO DE SANGUE PARA A PESQUISA DO DNA: ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO: PRECEDENTE DO STF QUE LIBERA DO CONSTRANGIMENTO O RÉU EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: (HC 76060 / SC - Santa Catarina, Relator(a): Min. Sepulveda Pertence Publicação: DJ Data-15-05-98 PP-00044 EMENT VOL-01910-01 PP-00130, Julgamento: 31/03/1998 – 1ª Turma)

Deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.

Dos julgados mencionados se extrai a conclusão, já formulada, de que se a jurisprudência já apontava para a recusa da parte como fato que gera presunção a seu desfavor, tal entendimento ainda não se consolidou como pacífico. Assim, no meio dessa discussão, surgem os artigos 231 e 232 do Novo Código Civil, que reza o seguinte texto:

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

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

Nesse sentido, o Novo Código Civil vem sintetizar os avanços jurisprudenciais citados anteriormente, no sentido de que a parte que se recusa imotivadamente a se submeter à perícia médica deve ter contra si o peso da presunção daquilo que o exame pericial poderia provar. A par de outras repercussões em esferas jurídicas distintas, sem dúvida haverá grande ressonância no campo das ações judiciais que questionam a paternidade, onde o exame de DNA se tornou a prova máxima e decisiva. Parece acertado, assim, o entendimento codificado.

Cabe ressaltar que a submissão a tal exame não demanda sacrifícios corpóreos consideráveis, que sejam legítimos a respaldar uma recusa fundada na alegação de que a parte deve ter respeitada a sua inviolabilidade corporal. A extração de uma amostra de sangue, ou mesmo de alguns fios de cabelo, não causam sofrimento considerável. Por outro lado, ainda que se pudesse considerar que a extração desse material genético originasse sofrimento corporal significativo, devemos entender que a busca da verdade real em relação à paternidade de um indivíduo é valor que se sobrepõe ao direito que se tem à inviolabilidade do corpo.

Do mesmo modo devemos entender a questão quando entra em jogo o direito à intimidade. Isso, pois caso alguém alegue que não quer ter exposto seu código genético, sob o argumento de que tal exposição poderia resultar-lhe, por exemplo, preconceitos relativos a doenças congêneres, deveríamos entender que essa possibilidade perde em relevância para a busca da verdadeira informação quanto à paternidade de um indivíduo. Além disso, devemos ter em mente que o resultado de um exame de DNA feito em um processo de investigação de paternidade deve estar resguardado de outros usos, usos indevidos, pelo instrumentário do segredo de justiça, previsto, inclusive, constitucionalmente, de modo que tal argumento não se mostra, também por esse aspecto, razoável para embasar uma recusa ao exame.

Também não é legítima a alegação de que alguém estaria escusado de se submeter ao exame de DNA sob o argumento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não podemos concordar com a consideração de que a prova efetiva de uma relação de paternidade, inicialmente suspeita, é prova produzida contra si. O direito que ganha relevância, aqui, é o direito de se ter certeza a respeito da existência ou não de tal vínculo familiar. O interesse da parte em omitir

a informação que seria necessária e suficiente para estabelecer tal verdade é subjugado, nesse ponto, pelo interesse da sociedade em ver desvelada tal informação.

Da mesma forma, devemos ter em mente, ao julgarmos o acerto do legislador, que, se é verdade que pode haver um conflito legítimo entre o interesse individual da parte que quer resguardar sua intimidade, sua inviolabilidade corporal e o seu direito de não produzir provas contra si, de um lado, e, de outro, o interesse da sociedade e da outra parte de ver descortinada a verdade a respeito da relação de paternidade, também é fato provado pela experiência profissional que a maioria das pessoas que se recusam a se submeter a tal exame procedem assim apenas como mecanismo para esconder o fato que seria provado cientificamente a partir da realização do exame técnico.

Antes da vigência do Novo Código Civil, que tratou expressamente, conforme citado, de exames médicos, dentre eles o de DNA, a questão era discutida com base nos artigos 359 e 363 do Código de Processo Civil, que dizem que:

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

- I – se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;
- II – se a recusa for havida por ilegítima.

Art. 363. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa:

- I – se concernente a negócios da própria vida da família;
- II – se a sua apresentação puder violar dever de honra;
- III – se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;
- IV – se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;
- V – se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.

Todavia, são claros os problemas do uso desses dispositivos de modo extensivo, a fim de alcançar o exame de DNA, pois que o texto da lei fala em "documento ou coisa" e dificilmente estaríamos dispostos a conceder que materiais genéticos da parte se enquadrassem como "coisa", muito menos ainda como "documento". Tal leitura só era viável a partir de uma interpretação social da norma jurídica, reconhecendo que o seu escopo alcança, também, esse citado exame, cuja existência era impensada à época da elaboração da lei processual em comento.

Outro ponto que merece nota é se tais artigos do Novo Código Civil gerariam, contra a parte que se recusasse, uma presunção absoluta ou relativa. Parece mais acertada a resposta que aponta para o relativismo da presunção criada. Isso, pois não podemos perder de vista, conforme já comentamos, que, muito embora o interesse da enorme maioria das partes que se recusam a se submeter ao exame seja evitar a prova a que o exame visa, também há casos de recusas legítimas, amparadas por uma situação fática que, por si só, já aponta de modo determinante em uma direção, ou quiçá por uma preocupação real da parte de resguardar sua intimidade, em casos de doenças congêneres, por exemplo.

Por outro lado, devemos ressaltar, em uma interpretação gramatical do texto da lei, que o artigo 232 fala que a recusa poderá suprir a prova. Essa expressão "poderá" abre a possibilidade de que aquele que se recusou ao exame prove consistentemente, por outros meios, que a presunção firmada é errônea. Assim, será o julgador que, com base na situação fática levada aos autos, deverá decidir se a presunção firmada pelos dispositivos do Novo Código Civil merece ou não sobreviver.

Nesse sentido, caminharam bem o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o Superior Tribunal de Justiça, quando assim decidiram:

Ementa: PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. NULIDADE. EXAME DE DNA. RECUSA. TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS QUANDO CUMULADO SEU PEDIDO COM O DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VINCULAÇÃO DE PENSÃO A SALÁRIOS-MÍNIMOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MODIFICAÇÃO DE NOME. POSSIBILIDADE. (Apelação Cível 19980110467323APC DF, Registro do Acórdão Número: 163196, Relator: Valter Xavier, Publicação no DJU: 13/11/2002 Pág. : 96, Data de Julgamento: 23/05/2002 -1ª Turma Cível)

A RECUSA EM SUBMETER-SE O INVESTIGADO A EXAME DE DNA MERECE QUE SE LHE INVERTA O ÔNUS DA PROVA QUANTO À PATERNIDADE

Ementa:CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ADIAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CPC, ART. 565. JULGAMENTO NA DATA PREVISTA NA PAUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211-STJ. EXAME DE DNA. RECUSA PELO RÉU. PRESUNÇÃO COMO PROVA. LIMITES.

(...) II. Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai.

III. Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para limitar a extensão dos efeitos da aludida recusa do investigado. (APELO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO. UNÂNIME. ACÓRDÃO: REsp 409285/PR; RECURSO ESPECIAL 2002/0011489-0 DJ DATA:26/08/2002 PG:00241 – 4ª Turma)

O que temos, então, a partir da recusa da parte em se submeter aos exames médico-periciais, como é o caso do exame de DNA, é que deverá se inverter o ônus da prova em relação àquela matéria objeto do exame. Cria-se, assim, uma presunção de que o exame recusado provaria, caso realizado, aquilo que é desfavorável a quem recusou. Mas essa presunção, conforme argumentamos, é *iuris*

tantum, ou seja, é presunção que admite a possibilidade de prova em contrário, a partir de fatos carreados aos autos em fase de instrução. Todavia, essa prova caberá não mais à parte que solicitou o exame, mas àquela que se recusou imotivadamente.

Ademais, não há que se falar, em inconstitucionalidade dos citados artigos do Novo Código Civil, uma vez que o estado de filiação também é direito protegido pela Carta Magna. Assim como podemos verificar conflitos entre dispositivos constitucionais, dentro de um caso concreto, onde deveremos fazer prevalecer aquele que se mostra como de maior relevância no caso em análise, também devemos nos portar dessa forma diante de um choque entre o direito ao conhecimento sobre a real relação de paternidade e outros direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito à intimidade.

Não pode a presunção criada pelo Novo Código Civil ser entendida como absoluta. Assim, caberá ao órgão julgador analisar se, diante do caso concreto, sobreviverá um ou outro direito.

As disposições referidas do Novo Código Civil sintetizam orientação jurisprudencial que se iniciara a sedimentar, posto que baseadas nas mudanças tecnológicas e morais de nossa sociedade.

Já não se podia admitir a recusa da parte a se submeter ao exame de DNA, com base em argumentos pré-forjados, porém vazios, deixando, com isso, desprotegido o direito do indivíduo ao conhecimento da verdade sobre suposta relação de paternidade. Todavia, o apoio legal que se tinha, com o Código de Processo Civil, era instável em demasia, sendo essa instabilidade que o Novo Código Civil veio, com seus artigos 231 e 232, sanear.

CAPÍTULO III DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

Neste último capítulo procuramos fazer um estudo mais aprofundado abordando itens que vão desde a relativização da coisa julgada material como fonte de justiça na atualidade, teoria da relativização da coisa julgada aplicada ao direito de família, o exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade, a relativização da coisa julgada material como garantia à efetividade do processo, posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da Relativização da Coisa Julgada no Direito de Família e a autoridade da coisa julgada nas ações de investigação da paternidade, bem como, posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema em estudo.

3.1 A relativização da coisa julgada material como fonte de justiça na atualidade

Muitas são as questões atuais que tem em comum um questionamento sobre a necessidade de prevalecer o substancial sobre o processual, ou seja, o justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada. Já existem sinais de que outras garantias constitucionais devam conviver com o referido instituto. Não raro surgem nos tribunais questões que se fundam, por exemplo, no justo preço das desapropriações, na moralidade administrativa, no meio ambiente ecologicamente equilibrado, na fraude, na razoabilidade e na proporcionalidade, para a relativização da autoridade da coisa julgada.

A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças. A carga imperativa deve poder ser revista em qualquer tempo, quando evidada de vícios graves que produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito.

Alguns juristas e doutrinadores afirmam que, a coisa julgada está consagrada na Constituição como verdadeira garantia do cidadão (art. 5º, XXXVI), e seus atributos imutabilidade, imperatividade, estabilidade e definitividade, assim como seus efeitos, justificam-se na exigência social de segurança nas relações jurídicas.

Aragão (1992) leciona que:

O processo visa à solução do litígio e em dado momento há de ser tido como ultimado; nesse momento definido pela lei formar-se-á a coisa julgada; estará assegurando a ambas as partes o bem (a res) sobre o que versa a disputa.

Entende este doutrinador clássico que, o ideal seria que as sentenças correspondessem à verdade, concedendo apenas o que devido, sem afronta alguma à lei, à idéia de justiça e aos mandamentos constitucionais. Todavia, por ser obra humana, por conseguinte falível, nem sempre esse escopo é alcançado. No entanto, certas ou erradas, justas ou injustas, conforme os preceitos vigentes ou não, quando cobertas pela coisa julgada deve cessar qualquer questionamento a seu respeito, sob pena de eternização da lide, o que só faz piorar o descrédito que as instituições judiciais gozam no seio da sociedade.

Por isso, deve prevalecer a segurança, trazida pela estabilidade emprestada à coisa julgada, imprescindível à vida dos direitos e ao sistema jurídico.

A tranqüilidade social não condiz com a incerteza acarretada pela possibilidade de se reabrir discussões sobre a *res judicata*.

3.2 Teoria da relativização da coisa julgada aplicada ao direito de família

A coisa julgada constitui-se em instituto que foi criado objetivando a imutabilidade da decisão judicial com trânsito em julgado, a fim de evitar que uma mesma demanda possa ser alvo de decisões diversas, o que seria prejudicial à paz social, pelo não prevalectimento das regras criadas pela ordem jurídica.

Inobstante, a própria lei admite a flexibilização da coisa julgada, a exemplo do que ocorre com a ação rescisória, que objetiva, justamente, a desconstituição da coisa julgada, no caso da decisão encontrar-se revestida de vício ou conter, em seu bojo, uma injustiça. Neste caso, o legislador abriu mão da intangibilidade e da segurança da coisa julgada para garantia da justiça.

Estudos atuais de doutrinadores, defendem a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada nas ações que versem sobre investigação de paternidade, eis que tratando dos direitos indisponíveis da pessoa, não devem ficar limitadas as suas imutabilidades.

A justificativa para a defesa da relativização da coisa julgada passa pelo avanço da ciência, que concede fortíssima probabilidade, senão certeza da paternidade, através do exame de DNA, surgido ao final da década de 80.

Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 226.436-PR, do Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em

28.06.01, publicado no DJ de 04.02.02, que tratou de caso de investigação de paternidade julgada improcedente diante da insuficiência de provas, sem a realização do exame de DNA, deu provimento ao mesmo, consubstanciado no Parecer do Ilustre representante do Ministério Público Federal, sob o argumento que houve coisa julgada formal, pois a decisão proferida naquela ação teve cunho meramente processual, portanto, cabível nova ação de investigação de paternidade para a realização do teste de DNA.

O Relator entendeu que inexistiu, neste caso, real julgamento do mérito, eis que a paternidade tinha sido afastada apenas pela insuficiência de provas.

O importante da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade é a possibilidade de averiguação, completa e precisa, através dos meios de prova atualmente disponíveis. Assim, o exame de DNA, que em passado recente não podia ser apreciado em casos similares, pode vir a ser realizado por força de nova decisão judicial.

Tudo porque a incerteza sobre provas produzidas em feitos que trataram desta matéria, por certo, levou à declaração da improcedência de muitos deles, fato ocorrido diante da falta de convicção dos julgadores, porém, referidas decisões não possuem o condão de condenar seus autores a não obtenção do reconhecimento de sua paternidade, possibilidade que se abre diante da nova visão do Superior Tribunal de Justiça. Lembrando que o exame de DNA é feito, não somente para comprovação da paternidade, como também, para provar a não paternidade.

Em razão disso, existem circunstâncias jurídicas, como no caso de investigação de paternidade definitivamente decidida, reiterada com o objetivo da realização do teste de DNA, que não havia sido feito, em que a coisa julgada não pode constituir-se em óbice à busca da verdade biológica. Para tanto, cabe ao

legislador utilizar-se de sua sensibilidade e dos mecanismos hermenêuticos colocados à sua disposição para aplicação da justiça.

3.3 O exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade

É cabível a ação rescisória se, depois da sentença, a parte obtiver documento novo, “cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII, CPC). A hipótese, como é evidente, não abre ensejo para a simples revisão do fato, uma vez que só admite a rescisão da sentença quando a parte puder apresentar documento cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar resultado favorável.

Contudo, o caso exemplar da investigação de paternidade não se enquadra perfeitamente na moldura da norma antes descrita, pois um laudo de DNA não é exatamente um documento. Não obstante, o objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável. Se é assim, nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um documento novo.

Todavia, o problema vai além, pois quando se pensa que a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado

da decisão que se almeja rescindir – como quer o art. 495 do CPC -, surge uma questão adicional, uma vez que a decisão da ação de investigação de paternidade pode ter transitado em julgado há mais de dois anos do momento em que se tornar possível o exame de DNA.

Não há como deixar de observar, é certo, que quando se pensa em documento novo, supõe-se documento existente à época da ação, mas que não pôde ser utilizado, e que esse raciocínio não pode ser empregado diante do DNA, pois esse não constitui documento ou algo que existia na época da ação. O exame de DNA é um meio técnico novo para se pôr em evidência um fato que foi afirmado na ação, ou uma prova pericial que não pôde ser realizada para demonstrar o fato afirmado, por consistente em técnica que ainda não podia ser utilizada.

Entretanto, se o prazo não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença que se quer impugnar, porque não se trata de algo que já existia na época do processo extinto, mas de um meio que passou a existir não se sabe quanto tempo após o trânsito em julgado, aparece uma nova questão: é certo deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade, seja autor ou réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da definição da relação de filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando indefinida a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria algo que sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição.

Como é óbvio, não se pretende afirmar que a evolução tecnológica não possui importância para a descoberta da relação de filiação. O que se deseja evidenciar é que a eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações.

Seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a imediata intervenção legislativa.

Como essa ação possui relação com a evolução da tecnologia, ou melhor, com uma forma de produção de prova impensável na época em que o artigo 485 do CPC passou a reger a ação rescisória, é imprescindível que esse artigo seja alterado para deixar clara a possibilidade do uso da ação rescisória com base em laudo de DNA, bem como o seu prazo.

3.4 A relativização da coisa julgada material como garantia à efetividade do processo

Não se pode fundamentar a coisa julgada apenas na segurança jurídica, deixando de lado os princípios da moralidade, da dignidade e da efetividade das decisões. A autoridade do instituto deve estar sempre condicionada à razoabilidade e proporcionalidade das decisões, as quais têm, sim, ligação estreita com a segurança jurídica.

Sentenças abusivas não geram efeitos possíveis. Toma-se como

exemplo àquela pela qual se condenava à mulher a carregar nas costas o marido, como sanção pelo cometimento do crime de adultério. Há sentenças impossíveis pelo seu aspecto cognoscitivo, jurídico ou lógico, são exemplos de sentenças absurdas, ruins ou inadmissíveis, por ofenderem valores humanos, de dignidade. Neste sentido, geram efeitos impossíveis, porque ininteligíveis ou porque se chocam com princípios elevados. Culminando numa coisa julgada delinqüente, como forma de promoção da fraude e de ato atentatório à justiça, ferindo, portanto, a efetividade do processo.

Por isso, são limites à autoridade da coisa julgada os conceitos do justo e do socialmente conveniente, já que às sentenças cobertas pela *res judicata*, portadoras de efeitos não se deve reputar a qualidade da imutabilidade, devendo, portanto, ser proposta uma sistematização dos princípios constitucionais, objetivando um reexame da matéria.

Liebmann da mesma forma que a Constituição Federal de 1988, afirma que a lei não pode atingir o instituto, o que para os doutrinadores clássicos define a imutabilidade da sentença, que torna a coisa julgada material imune à nova discussão. Porém, o que a Teoria da Relativização da coisa julgada objetiva não é atingir o instituto em si, mas seu atributo, sua qualidade de imutabilidade.

Uma sentença que gere efeitos juridicamente impossíveis, na verdade não gera efeito sob o ponto de vista social, e conseqüentemente não possui os seus atributos (imutabilidade, imperatividade, estabilidade e definitividade). O conteúdo da sentença existe, porém, quando não há efeitos possíveis, não há o que imunizar; portanto, não há que se falar na imutabilidade da coisa julgada.

3.5 Posições Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca da Relativização da Coisa Julgada no Direito de Família

No Brasil, observa-se forte tendência no sentido de mitigar ou relativizar o instituto processual da coisa julgada.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, renovou-se ação de investigação de paternidade, depois de transitar em julgado anterior sentença de improcedência. Examinando o processo antecedente, o Tribunal nele enxergou vício processual: ao depor, a mãe havia contrariado a versão da inicial. Entendeu o Tribunal, no segundo julgamento, que, por isso, deveria, no primeiro, ter sido nomeado curador especial, para apoiar a pretensão do menor. Dessa falsa premissa extraiu a conclusão da existência de nulidade insuprível, porque relativa à capacidade processual. E, dispensando ação rescisória, afirmou a nulidade do acórdão anterior: "Cuida-se de invalidade que diz com a capacidade processual e pressuposto processual, insuprível, que pode ser declarada a qualquer tempo, e de ofício, superando a autoridade da coisa julgada".

Esta é uma reflexão sobre a nova tendência, bem moderna, de desdenhar, senão de eliminar, o instituto da coisa julgada.

No Direito de Família, encontra-se o começo nos exames de DNA. Como admitir a prevalência de uma verdade meramente formal, contra a verdade científica, ainda que descoberta posteriormente ao trânsito em julgado da sentença?

Aparecem algumas sugestões:

Guimarães (1992) propõe alteração legislativa, no sentido de excluir-se a coisa julgada, quando não realizado exame de DNA ou PCR, por não dispor a parte de condições financeiras para custeá-lo.

A Desembargadora Maria Berenice Dias ressuscita o *non liquet* do Direito formulário romano, propondo que, nessa hipótese, bem como no caso de recusar-se o demandado ao exame de DNA, seja o autor julgado carecedor da ação, o que impediria a formação de coisa julgada. Diz:

O que descabe é, face à ausência de probação - decorrente quer da omissão do demandado, quer do fato de as partes militarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita, gerar definitivamente a impossibilidade de se buscar a identificação de seu vínculo familiar. (...). A omissão do próprio demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de não ser o réu o pai do autor. O que houve foi a impossibilidade de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na inicial, omissão probatória, no entanto, que, não podendo ser imputada ao investigando, não pode apená-lo com uma sentença definitiva. (...) A Constituição Federal outorga especial proteção à família (art. 226), proclamando como dever do Estado assegurar à criança a convivência familiar (art. 227).

De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) decanta que o direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação é indisponível e imprescritível (art. 227). Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que não tem assento constitucional, não se podendo impedir o livre acesso à Justiça face à temporária impossibilidade probatória ou, até, à negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento. Desse modo, impõe-se repensar a solução que vem sendo adotada ante a ausência de probação nas ações de investigação de paternidade. Descabe um juízo de improcedência, a cristalizar, como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação.

O que se verificou foi a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inciso IV do art. 267 do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano

Trata-se, de solução atécnic, que nem mesmo atinge o objetivo apontado, porque, se o juiz rejeita o pedido por insuficiência de provas, há julgamento de mérito, ainda que, no dispositivo se afirme carência de ação. A coisa julgada decorre da lei; não da vontade do juiz que profere a sentença.

Seja como for, esse texto serve como demonstração da resistência que o instituto da coisa julgada vai encontrando entre os novos cultores do Direito.

No 13º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Curitiba, nos dias 26 a 29.10.99, por unanimidade aprovou-se tese apresentada pelo Promotor de Justiça Epaminondas da Costa, no sentido de que:

A prova superveniente, resultante da engenharia genética (perícia do DNA), é apta a viabilizar o ajuizamento de ação anulatória do assento de nascimento para a exclusão da filiação ilegítima. Tal ação estribar-se-á nas disposições do art. 348 do CC e do art. 113 da Lei dos Registros Públicos - Lei 6.015/73 -, sendo irrelevante que o erro tenha decorrido da declaração dos interessados ou de sentença com trânsito em julgado e não mais passível de ação rescisória. Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a "segurança das relações jurídicas" não pode sobrelevar-se à proteção da "dignidade da pessoa humana" e à salvaguarda da "paternidade responsável" (art. 226, § 7º, da CF).

À hora parece, pois, oportuna, para rememorarem-se os fundamentos da coisa julgada. Há consenso, no sentido de que se trata de opção política do legislador, em prol da segurança jurídica, ainda que em detrimento da justiça.

Em estudo recente, Caminha (1997, p. 218-9) assim se manifesta:

(...) a coisa julgada está atrelada à definitividade da prestação jurisdicional, e a sua adoção em um ou outro caso atende a critérios pragmáticos (e não apriorísticos) de política judiciária. (...). A prestação jurisdicional deve se esgotar no momento em que resolvida a controvérsia, e a renovação da demanda, ou a

possibilidade de sua rediscussão, importaria na indefinidade do litígio, em detrimento da estabilidade e certeza das relações jurídicas, quando a segurança jurídica revela-se indispensável para a plena fruição do bem da vida alcançado pela decisão judicial.

É louvável o ensinamento do eminente processualista Greco Filho (1995, p. 242) quando diz:

O fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios.

A coisa julgada material é a qualidade da sentença que torna imutáveis e indiscutíveis seus efeitos substanciais. Verifica-se após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, quando há a impossibilidade da impetração de qualquer recurso.

Em nosso ordenamento jurídico este instituto sempre foi tido como um direito absoluto, sendo vedada a sua desconstituição frente à inovação legislativa. Assim, prevê a Constituição Federal que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Os adeptos desta interpretação, a qual fornece o caráter absoluto da coisa julgada material, baseiam-se no princípio da segurança jurídica, alegando a injustiça da modificação de um direito já incorporado no patrimônio jurídico do indivíduo.

Contudo, uma parte da doutrina mais contemporânea vem sustentando o caráter relativo da coisa julgada, isto é, em alguns casos, em virtude do princípio da proporcionalidade, quando se verificar a existência de um conflito aparente de normas constitucionais, poderia haver a necessidade de o dogma da imutabilidade

ter seu alcance reduzido. Deste modo, na existência de incompatibilidade aparente de normas constitucionais, em virtude da inexistência de direitos absolutos, a constatação da norma que merece prevalência dependerá da análise do caso concreto, pois é o caso concreto que guiará o aplicador na decisão de qual regra será aplicada.

Destarte, percebe-se que a coisa julgada após o trânsito em julgado da decisão, não será mais possível à impetração de qualquer recurso.

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

Hodiernamente se tem 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.

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. 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. 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, está 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, decidida 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.

Doutro lado, há os que admitem a relativização da coisa julgada, entendendo ser possível a propositura de nova ação, assim vejamos:

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 algumas decisões dos tribunais brasileiros:

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 re-estudo 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. (Agravó 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.

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.

Outro 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.

O ministro Sálvio de Figueiredo sustenta que não faz coisa julgada a sentença de improcedência proferida em ação de investigação de paternidade, sem exame do DNA.

Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da 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. (STJ, 4ª Turma, Resp. 226.436/PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel., Data de Publicação 28.06.2001).

É de bom alvitre salientar a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n. 116/2001, de autoria do Senador Valmir Amaral quando defende

que a ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo demonstrar a evolução do instituto jurídico – processual da coisa julgada, partindo da sua visão clássica da imutabilidade chegando a atual necessidade da relativização como garantia à efetividade do processo.

Demonstrou que o mecanismo utilizado para atingir a paz social é a intervenção do Estado na composição dos conflitos, através da estabilização das relações jurídicas entre as pessoas, utilizando-se para tal o instituto da coisa julgada.

Neste ponto, explanou sobre o conceito do referido instituto na lei, na doutrina clássica e moderna, discorrendo sobre seus fundamentos, suas espécies e o e seus limites subjetivos e objetivos.

Assim, questionou a qualidade da imutabilidade do conteúdo da coisa julgada, demonstrando a realidade surgida nos tribunais diante de novos desafios que a vida apresenta, que trazem à tona a existência de sentenças que atentam contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal, e principalmente contra a realidade imposta pela natureza.

Concluiu que a flexibilização ou relativização da coisa julgada material é excepcional, e só deve ser invocada em situações extraordinárias, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição.

Logo, para dar efetividade à equilibrada flexibilização do atributo da imutabilidade do instituto da coisa julgada em casos extremos, não existe outra solução senão a que a ordem jurídica outorga ao juiz. Concedendo-lhe autoridade

de portar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga.

Vimos que é perfeitamente possível a coexistência da coisa julgada com a possibilidade de serem revistas as decisões judiciais, pois o nosso próprio ordenamento jurídico expressamente estabelece a possibilidade de novo julgamento à questões já decididas anteriormente. A proteção da coisa julgada não inviabiliza a revisão de decisões judiciais, muito pelo contrário, prever a Constituição a Ação Rescisória em seus artigos 102, I, "j"; 105, I, "e" e 108, I, "b".

A revisão do julgado objetiva alcançar a justiça da decisão, que por sua vez, não significa a implantação da instabilidade das decisões judiciais em nosso direito. Aliás, existem casos onde a legislação atual determina a revisão do julgado, casos específicos das conhecidas ação Popular e Ação Civil Pública, e nestas situações legais não se cogita que há provocação da instabilidade na prestação jurisdicional. Aí harmoniosamente convivem a coisa julgada, a revisão dos julgados e a estabilidade social advinda das decisões definitivas.

Há, todavia, autores como José Carlos Barbosa Moreira, Lopes da Costa, dentre outros que defendem a tese da imutabilidade das decisões judiciais como sendo o mais benéfico para a sociedade, chegando a afirmar que seria impossível de ocorrer a estabilização da ordem jurídica se os conflitos entre os cidadãos se pudessem eternizar, ressaltando que a segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção.

Evidentemente, não estamos defendendo a eterna possibilidade das revisões dos julgamentos do Poder Judiciário. Eis que, fazer justiça é também

proporcionar estabilidade às decisões de interesses, qualificada pela resistência às pretensões e denominada de lide por Carnelutti.

ANEXOS



ESTADO DA PARAÍBA
 PODER JUDICIÁRIO
 COMARCA DE SÃO MAMEDE
 VARA ÚNICA

SENTENÇA:

JUIZ - DR. PERILO RODRIGUES DE LUCENA
 AÇÃO - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
 PROMOVENTE - NATÁLIA DE SOUTO
 PROMOVIDO - CÍCERO ALVES DA SILVA
 PROCESSO Nº - 050.2002.000.109-0

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS À ÉPOCA DA CONCEPÇÃO. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. ALIMENTOS. FIXAÇÃO. EQUIDADE. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 269, I, DO CPC, C/C O ART. 363, II DO CÓDIGO CIVIL.

Comprovada a paternidade através da robusta prova testemunhal, que atestou a existência de relacionamento amoroso em caráter de concubinato à época da concepção, há de ser julgada procedente a ação investigatória para se declarar a relação de parentesco entre as partes, em harmonia com o Parecer Ministerial.

Não é plausível admitir que o direito da menor ao reconhecimento da sua paternidade possa sucumbir diante da atitude perniciosa do réu que inibe a efetiva comprovação através do exame genético de alta probabilidade, ao tempo em que contesta a afirmação da paternidade com base tão somente nas provas testemunhais.

“Afastada a hipótese de exceptio plurium concubentium, e provado que o período de concepção do investigante coincide com o do relacionamento amoroso entre sua mãe e o investigado, impõe-se o reconhecimento da paternidade”.

Nos termos do art. 400 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados em proporções bem definidas, de modo a considerar a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado.

Vistos, etc.

Trata-se de **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS** promovida por NATÁLIA DE SOUTO, representada por sua genitora, todos com qualificação nos autos, e através de procuradora e advogada legalmente constituída, contra

Perilo Rodrigues de Lucena
 JUIZ DE DIREITO

CÍCERO ALVES DA SILVA, também identificado, pelas razões declinadas na exordial,72 aduzindo, em síntese, a existência de relações conjugais entre o investigado e a genitora do investigante, das quais originou-se a menor, não tendo sido lavrado o competente registro de nascimento sem nome do pai ante à sua recusa em reconhecê-la como filha.

O feito tramitou regularmente, oferecida contestação (fls. 13/21), devidamente impugnada, realizada a instrução processual, ouvidas testemunhas, vindo-me os autos conclusos, com o Parecer da douta representante do Ministério Público pela procedência da demanda, recebidos mediante carga, p/os fins de direito.

É o breve relato.

EX-POSITIS:

DA PRELIMINAR ARGÜIDA

- Coisa Julgada

Ao contestar a ação, o promovido afirmou a preliminar de coisa julgada, vez que, á sua ótica, a presente ação é mera repetição de outra anteriormente ajuizada perante a Comarca de Santa Luzia, que veio a ser julgada improcedente em sede de recurso perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, consoante o acórdão da lavra do des. Antônio de Pádua Lima Montenegro.

Ora, não merece guarida tal alegação.

Realmente a autora ingressou outrora com a ação de investigação de paternidade contra o réu, que julgada procedente em primeiro grau, veio a ser reformada em grau de apelo, ante à insuficiência das provas ali colacionadas.

Ocorre que na hipótese vertente, inobstante figurarem na lide as mesmas partes e ainda o mesmo interesse, verifica-se do cotejo processual que foram outras as provas produzidas, bem assim reputa-se válida a pretensão da menor diante da imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade.

Neste sentido, vale transcrever as conclusões do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar o REsp 226436:

“Em estudo sobre a matéria (A coisa julgada na investigação de paternidade), Rolf Madaleno sustentou:

“A cada instante perfilam acalentadas doutrinas que se inquietam com a imutabilidade da autoridade da eficácia da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica. Maria Berenice Dias critica os tradicionais meios de prova utilizados nas demandas de investigação de paternidade, não aceitando sepultar com a autoridade da coisa julgada material, ações judiciais que simplesmente se restringiram aos tradicionais meios de prova, omitindo-se do DNA por falta de recursos, onde o próprio Estado olvidou-se de propiciar a pesquisa genética da exata filiação biológica e deixou selar a identidade familiar do investigante pelo manto da imutabilidade da sentença já passada em julgado.

Nestas circunstâncias, descabe cristalizar como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação, pois restou de certeza, cuja negligência probatória não pode ser debitada ao investigante, como também não pode ser debitado ao investigado este mesmo selo da

Perilo Rodrigues de Lucena
PROCURADOR DE JUSTIÇA

presunção absoluta e imutável da veracidade sentencial, quando neste mesmo processo⁷³ deixou de ser pesquisada a prova genética de filiação. E desimporta tenha sido a falta de recursos financeiros, ou porque ainda fosse desconhecida ou inacessível a perícia dos marcadores genéticos do sistema de DNA, hoje já banalizada por um sem-número de laboratórios e sacralizada pelos pretórios brasileiros’.

Ao tratar do “efeito relativo da coisa julgada”, acrescentou:

No âmbito atual das ações de investigação ou de negação de paternidade e assim também naquelas que pesquisam na eventualidade, o vínculo da maternidade, é preciso atenuar os princípios que regem o instituto da coisa julgada. Não há mais espaço para impor esse conceito inflexível da coisa julgada que deita sobre as demandas investigativas ou negatórias de paternidade, que tinham suas raízes biológicas declaradas por sentenças com suporte exclusivo na atividade intelectual do decisor judicial, encarregado de promover a rígida avaliação dos tradicionais meios probatórios até então disponibilizados e vertidos para o ventre da ação parental.

O Direito de Família está entre os ramos do Direito que apresentam as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial, mas, também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genética do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade....”.

Naquele mesmo julgamento, importante ressaltar o voto do Min. Barros Monteiro, assim verberado:

“Em sua obra “Investigação de Paternidade”, Belmiro Pedro Welter anota que “somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas permitidas em Direito, tendo em vista que, conforme leciona Helena Cunha Vieira, “se se trata de direitos indisponíveis, deverá o Juiz orientar-se no sentido de encontrar a verdade real, determinando a produção das provas que entender necessárias” (tomo II, pág. 55, ed. 1999).

É do citado jurista ainda a observação de que “não faz coisa julgada a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por falta de provas, pois conforme acima dito, nas demandas sobre direitos indisponíveis devem ser produzidas todas as provas admitidas em Direito, acima citadas, devendo habitar nos autos a verdade biológica da filiação” (ob. Mencionada, pág. 64).”

Na simples análise dos autos, verifica-se que a autora busca ver judicialmente reconhecida a paternidade que alega, ao passo que o promovido furta-se à busca da verdade real, apondo obstáculos e impedimentos à obtenção da verdade real, amparado no escudo da coisa julgada, sob o pálio de anterior desconstituição de sentença declaratória de paternidade, por insuficiência de provas.

Vê-se, entretanto, que o posicionamento jurisprudencial, acompanhando o ensejo de não inibir a incessante prestação da tutela jurisdicional em casos desta natureza, já está consolidado no sentido de “relativizar” a coisa julgada, permitindo, desta forma, o ajuizamento de nova ação, diante de novas provas a serem produzidas.

Neste norte:

PROCESSO CIVIL – EXTINÇÃO DO PROCESSO – FALTA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – JULGAMENTO DE MÉRITO – ART. 269, I, CPC – DOUTRINA – RECURSO PROVIDO – I – A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido,

Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

não a extinção do processo sem julgamento de mérito. II – Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, "o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes". Assim, "se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência". III – Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp nº 226.436-PR, DJ 04/02/2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado – investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada.¹

PROCESSO CIVIL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS – COISA JULGADA – MITIGAÇÃO – DOCTRINA – 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 da 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 a 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.²

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – Sentença anterior que julgou improcedente por deficiência probatória uma primeira ação investigatória. Inexistência de coisa julgada material, na hipótese. Quando não esgotadas todas as provas disponíveis, não se pode reconhecer a coisa julgada, especificamente em sede investigatória, porque aqui se trata de uma matéria especialíssima, em que deve ser relativizada a coisa julgada. Isso porque o valor que a coisa julgada visa resguardar e

¹ STJ – REsp . 330172 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 22.04.2002.

² STJ – REsp 226436 – PR – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 04.02.2002 – p. 00370.

Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

justamente o da segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo⁷⁵ com um dos próprios fundamentos da república federativa do Brasil, disposto no art. 1º, inc. III, da sua Constituição, ou seja, o da dignidade da pessoa humana. O direito à identificação esta ligado a preservação dessa dignidade e deve-se sobrepor a qualquer outro valor, a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica, que a coisa julgada busca preservar. Deram provimento, por maioria.³

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – CONTEÚDO – Antes de ter-se por singelamente caracterizada a coisa julgada material apenas pela ocorrência da tríplice identidade (partes, causa e pedido), cumpre seja detectado o verdadeiro conteúdo da decisão anterior. Se esta concluiu apenas que inexistiu, naquele processo, prova suficiente para a declaração de paternidade, óbice não há para a propositura de outra demanda.⁴

Diante de tais argumentos, é bem fácil perceber que o manto da decisão judicial com trânsito em julgado não acoberta a situação ora em cotejo, conquanto a investigação de paternidade anteriormente ajuizada fora julgada improcedente à guisa de satisfatória instrumentalização do pedido em matéria de prova, donde resulta que a interposição de nova ação com base em novas provas e vislumbrando uma melhor instrução processual, há de ser admitida.

Firme em tais ilações, rejeito a preliminar de coisa julgada.

MÉRITO

Nos termos do art. 363 do Código Civil, cuja promulgação ocorreu no ano de 1916, ou seja, há mais de 86 (oitenta e seis) anos atrás, restou estabelecida a possibilidade do ingresso da ação de reconhecimento de paternidade, naqueles casos em que especifica:

“Art. 363 – Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I – Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II – Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.

III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”

Com o advento dos termos modernos, e ainda, o desenvolvimento considerável da ciência genética, cujos progressos meteóricos vêm sendo alvo constante dos noticiários em todo o mundo, surgiu o que hodiernamente ficou conhecido como D.N.A., cuja regulamentação ainda não faz parte dos ordenamentos positivos de nosso país, mas que, indubitavelmente, veio para solucionar grande parte dos litígios relacionados à investigação de paternidade.

³ TJRS – APC 70002610012 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – J. 12.09.2001.

⁴ TJPR – AI 75.570-8 – (16.581) – 1ª C.Cív. – Rel. p/o Ac. Des. Pacheco Rocha – J. 11.05.1999.


Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

Inobstante esta constatação preliminar, é certo que a prova técnica assim⁷⁶ denominada é reconhecidamente eficaz, bem como não está distante do cotidiano de nossos Tribunais, razão pela qual vem sendo aceita como um indício quase que absoluto da constatação da verdade real acerca dos possíveis laços de parentesco entre o pretense genitor e o investigante.

Neste sentido:

*“Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a 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”.*⁵

Com efeito, deflui da instrução processual de forma inequívoca que à época da concepção do menor investigante a genitora do mesmo encontrava-se mantendo relações sexuais com o investigado.

Vejamos o que dizem as testemunhas:

“... que o relacionamento entre Maria Helena e Cícero Alves coincidiu com a gravidez de Natália; que este relacionamento era público e notório (...) que quando da ocorrência do caso com Cícero, Maria Helena era exclusiva do mesmo” (Sra. Maria de Fátima Araújo Medeiros, fls. 48).

“... que após dois meses de ter tomado conhecimento do relacionamento amoroso, soube que Maria Helena estava grávida e que dita gravidez era de Cícero Alves; que a época do relacionamento coincidiu com o nascimento de Natália (...) que na época do relacionamento dos dois, Maria Helena não tinha outro homem...” (Sra. Geceleide Lucena de Araújo, fls. 49).

“... que tem conhecimento que na época do relacionamento entre a mãe da investigante e o investigado a mesma era exclusiva do investigado. (...) que as pessoas comentam que a investigante é a cara do investigado, inclusive a pessoa da testemunha acha parecido a investigante com o investigado, não tendo para onde correr, (...). que todo mundo na cidade de São Mamede comenta que a investigante é filha do investigado....” (Sra. Maria de Lourdes Almeida de Lucena, fls. 50).

Vale dizer que os demais extratos testemunhais são harmônicos e coerentes entre si, de modo que a prova testemunhal produzida é amplamente suficiente à comprovação da paternidade do investigante.

Na hipótese dos autos, as peculiaridades nas quais o relacionamento se enquadrava condizem perfeitamente à constatação da paternidade.

In casu, a mãe da promovente era empregada doméstica e trabalhava na residência do promovido, em tal cenário, é desimportante aferir-se o conhecimento de outras pessoas acerca da relação, posto que é factual a assertiva de que tal relacionamento era feito às escondidas.

⁵ Idem ao n.º 2.

Pericle Rodrigues de Lucena
LUIZ DE DIREITO

Finalmente, a injustificada relutância em submeter-se ao exame de paternidade pelo método do D.N.A., cujo custeio, em nosso Estado da Paraíba, vem sendo⁷⁷ fornecido pelo Poder Executivo, através da Secretaria de Saúde, nos termos da Portaria n.º 2.350/02, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, sendo forçoso reconhecer que tal realização já é corriqueira nesta esfera jurisdicional.

Não é plausível admitir que o direito da menor ao reconhecimento da sua paternidade possa sucumbir diante da atitude perniciosa do réu que inibe a efetiva comprovação, através do exame genético de alta probabilidade, ao tempo em que contesta a afirmação da paternidade com base tão somente nas provas testemunhais.

É para tanto que, inobstante a impossibilidade impor ao promovido a realização do exame, a sua negativa, aliada aos demais indícios e provas indiretas da paternidade, permitem ao julgador o seu reconhecimento:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – RÉU – RECUSA – PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE – Não se conhece o recurso especial em que se revela ausente a indicação, com a necessária exatidão, do dispositivo legal tido por violado ou que teve negada sua aplicação. Na hipótese de dissídio notório e evidenciando a leitura da ementa do acórdão paradigma a existência da divergência jurisprudencial, deve-se abrandar os rigores legais exigidos para a demonstração do dissídio, permitindo o conhecimento do recurso especial pela letra c, do art. 105, III, da Constituição Federal. Ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade.⁶

APELAÇÃO CÍVEL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – RECONHECIMENTO DESTA – VALORAÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS – RECUSA EM SUBMETER-SE A EXAME DE DNA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – A reiterada recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA autoriza a procedência da ação investigatória de paternidade, onde a prova testemunhal, no caso, assume igualmente substancial relevância, em face da impossibilidade de prova direta em ações dessa natureza.⁷

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – A recusa do investigado, durante anos, em submeter-se ao exame DNA, implica em presunção de paternidade, conforme pacífica jurisprudência. Relacionamento amoroso com a genitora da investiganda, na época da concepção, não contestado e comprovado através de testemunhas, se o réu alega exceptio plurium concumbentium, cumpre-lhe produzir a prova. Conjunto probatório que não permite dúvida sobre a paternidade, fortalecido pela semelhança fisionômica entre as partes. Sentença correta. Apelo improvido.⁸

⁶ STJ – REsp 256161 – DF – 3ª T. – Relª p/o Ac. Minª Nancy Andrichi – DJU 18.02.2002 – p. 00411.

⁷ TJMS – AC 1000.068388-9/0000-00 – 1ª T.Cív. – Rel. Juiz Conv. Romero Osme Dias Lopes – J. 05.03.2002.

⁸ TJRJ – AC 3707/2001 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos – J. 13.09.2001.


Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

Comprovada a paternidade através da robusta prova testemunhal, que atestou a existência de relacionamento amoroso em caráter de manutenção de relações conjugais à época da concepção, há de ser julgada procedente a ação investigatória para se declarar a relação de parentesco entre as partes, em harmonia com o Parecer Ministerial.

Por outro giro, o autor pleiteou na peça vestibular a condenação do investigado ao pagamento de alimentos, que estimou no patamar de 01 (um) salário mínimo.

Em premissa inicial, convém ressaltar que o reconhecimento da paternidade implica, necessariamente, na obrigação de prestar o devido sustento material e espiritual aos envolvidos na relação de parentesco, mormente quando incontroverso no encarte processual a insuficiência financeira da demandante e de sua genitora.

Vejamos o entendimento consagrado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em Acórdão do escólio do Desembargador Jorge Ribeiro Nóbrega, assim ementado:

*“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS – Coincidência temporal entre o relacionamento amoroso e a concepção do menor – Prova testemunhal – Convincente – Exceptio plurium concubentium – Não comprovada - Recurso improvido. - Em ação de investigação de paternidade, o meio probatório não fica restrito ao exame pericial de DNA, valendo em juízo todos os meios permitidos, inclusive presunções e indícios. - Afastada a hipótese de exceptio plurium concubentium, e provado que o período de concepção do investigante coincide com o do relacionamento amoroso entre sua mãe e o investigado, impõe-se o reconhecimento da paternidade. - **Decorre de uma obrigação natural dos pais em prover a subsistência material e moral dos descendentes quando estes não tem bens, nem pode prover por esforço próprio ou se podendo, é insuficiente para sua manutenção**”⁹*

(grifei)

Esclareça-se por oportuno, que o pagamento dos alimentos arbitrados em ação de investigação de paternidade deve retroagir até a data da citação da lide cognitiva, nos moldes dos precedentes jurisprudenciais firmados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

*“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. TERMO INICIAL DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. ENTENDIMENTO UNIFORME DA EGRÉGLA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. DISSÍDIO NOTÓRIO. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. - **Os alimentos devidos em ação de investigação de paternidade, decorrentes de sentença declaratória de paternidade e condenatória de alimentos, são os definitivos, e, portanto, vige a disciplina do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68, com retroação dos efeitos à data da citação.** - O art. 5º da Lei n. 883, de 21-10-1949, e o art. 7º da Lei n. 8.560, de 29-12-1992, discorrem também sobre a fixação de alimentos provisionais, e não impedem o arbitramento de verba alimentar de natureza definitiva, na forma apregoada pela Lei de Alimentos, ainda que não baseada em prova preconstituída da filiação”¹⁰*

(grifei)

⁹ TJPB, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Ribeiro Nóbrega, DJ 11.05.2002.

¹⁰ STJ, EDREsp 85685/SP, Rel. Min. Nancy Andrihgi, DJ 24.06.2002, p. 180.

Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

Finalmente, nos termos do art. 400 do Código Civil, os alimentos devem ser⁷⁹ fixados em proporções bem definidas, de modo a considerar a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado.

Na hipótese dos autos e à falta de uma melhor e mais abrangente produção de provas no sentido de estabelecer os verdadeiros rendimentos auferidos pelo investigado, demonstra-se ilógica a fixação dos alimentos com base no *quantum* estimado pelo suplicante, por outro lado, também não convence a tese da contestação de que o suplicado perceba a insignificante quantia inferior a um salário mínimo mensal.

Ao tempo em que não se comprovou a renda informada na peça póstica, vale dizer, entretanto, que a prova dos autos, inclusive diante do que afirmou o réu em sua contestação, é suficiente para que sejam arbitrados os alimentos no valor que arbitro em 80% (oitenta por cento) do salário mínimo mensal, no valor vigente em território nacional, ressalvado o direito das partes de aviar a ação própria, com o objetivo de revisar o montante fixado, comprovada a alteração das condições indicadas na vertente lide, tudo na forma prescrita na lei.

Diga-se ainda que a diminuição do valor da pensão requerida não importa na aplicação do art. 21 do Código de Processo Civil, vez que o fundo de direito a que faz jus o autor lhe foi procedente, senão vejamos:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. VALOR DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. CAPACIDADE ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. SUCUMBÊNCIA. - No caso em que o juízo julga procedente o pedido de alimentos mas fixa-os em valor inferior ao requerido na petição inicial, atendendo à capacidade econômica do réu/alimentante, este deve arcar com o pagamento de custas e honorários. Recurso Especial não conhecido”.*¹¹

(grifei)

DESTARTE, e, tendo em vista o que mais dos autos consta e princípios de direito aplicáveis à espécie, em harmonia com o Parecer Ministerial, **JULGO, por sentença**, para que produza os devidos e legais efeitos, **PROCEDENTE O PEDIDO EXORDIAL**, e o faço com suporte no art. 269, I, do C. P. C., c/c o art. 363, II, da Norma Substantiva Civil, para reconhecer NATÁLIA DE SOUTO como filha de CÍCERO ALVES DA SILVA, ambos já devidamente qualificados, determinando, em consequência, a expedição do competente MANDADO DE AVERBAÇÃO ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de São Mamede – PB, onde a menor fora registrada, com o fito de que conste no seu assento de nascimento o nome do pai e de seus avós paternos, decorrido o prazo para interposição de recurso.

Outrossim, fulcro no art. 13, § 2º da Lei n.º 5.478/68, **CONDENO** o investigado ao pagamento de pensão alimentícia, no valor que arbitro em 80% (oitenta por cento) do salário mínimo mensal, devidos a partir da data da citação (21.06.2002 – fls. 12v), custas e despesas processuais, acrescidos de correção monetária e devidamente corrigidos, bem como honorários advocatícios, na forma do art. 20, § 4º da Norma Adjetiva Civil, que fixo no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), tudo a ser apurado em liquidação de sentença, após o trânsito em julgado da presente decisão, exceto o pagamento dos alimentos provisionais, que deve ser

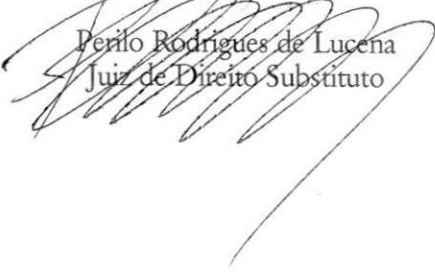
¹¹ STJ, REsp 332562/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 12.11.2001, p. 153.


Perilo Rodrigues de Lucena
JUIZ DE DIREITO

iniciado imediatamente a partir desta data, vez que eventual recurso no tocante a esta matéria apenas será admitido no efeito devolutivo (art. 520, II, CPC). 80

P.I.R. e Cumpra-se.

São Mamede, 05 de dezembro de 2002.


Perilo Rodrigues de Lucena
Juiz de Direito Substituto

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil* (art. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

AZAMBUJA, Carmen. *Rumo a uma nova coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.994.

BERMUDES, Sérgio. *Iniciação ao Estudo de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. Coisa Julgada civil: conceito e fundamentos. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 218-9

CITRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. LTDA, 2000.

FERNANDES, Marcela de Jesus Boldori. *A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. [Internet] <http://www.jusnavegandi>. A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.htm. Acessado em 10 de outubro de 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1995. v. 2.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Marcos Vinícius Silva. *Recusa à submissão a exame de DNA – Posições Jurisprudenciais*. [Internet] <http://www.jusnavegandi>. Recusa à submissão a exame de DNA – Posições Jurisprudenciais.htm. Acessado em 20 de outubro de 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito Civil*. V2. São Paulo: Saraiva, 1996..

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro*. In *Direito Processual Civil*. Primeira Série. Saraiva. 2ª edição. São Paulo. 1.988.

_____. *Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil*. In *Direito Processual*. Primeira Série. Saraiva. 2ª edição. 1.988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Fontes. São Paulo. 1.996.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Classificação de Ações, Sentença e Coisa Julgada*, *Juris Síntese Millennium*, n.º 23, p. 9.

_____. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

RASKIN, Salmo. *Perguntas e respostas sobre o teste de paternidade e maternidade em DNA*. [Internet] <http://www.jusnavegandi>. Perguntas e respostas sobre o teste de paternidade e maternidade em DNA. htm. Acessado em 15 de junho de 2004.

REVISTA de Processo, São Paulo (95): 101-2, jul. – set./1999.

REVISTA de Processo, São Paulo (95): 97-9, jul. –set./1999.

REVISTA dos Tribunais, São Paulo (774): 155-61, abr./2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º volume. Saraiva. 8ª edição. São Paulo. 1.985.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA Neto, Clodoaldo. *Da coisa julgada*. Juris Síntese Millennium, n. ° 23.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.