

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP

Curso de Especialização em Processo Civil

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ONDE NÃO FOI
REALIZADO O EXAME DE DNA**

MARIA ACÁCIA MOREIRA

FORTALEZA-CE

2003

MARIA ACÁCIA MOREIRA

**RELATIVIDADE DA COISA JULGADA NOS CASOS DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ONDE NÃO FOI
REALIZADO O EXAME EM DNA**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior do Ministério Público/Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

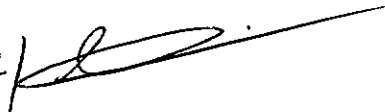
Fortaleza-Ce

2003

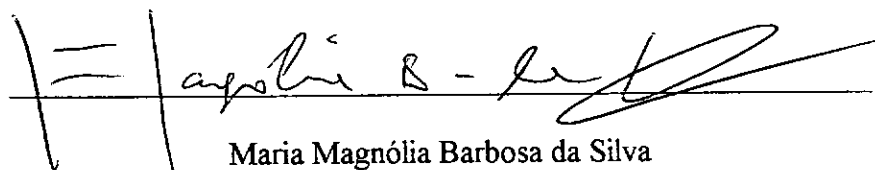
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ONDE NÃO FOI REALIZADO O
EXAME DE DNA

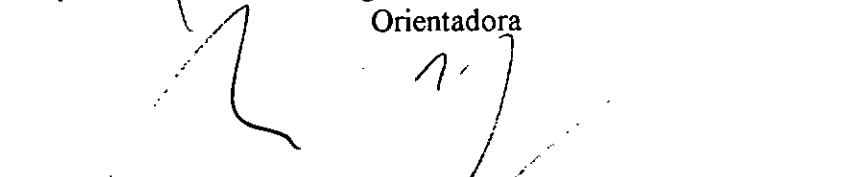
ALUNA: Maria Acácia Moreira

Monografia aprovada em: 10 de julho de 2003 Nota 10 (dez) 

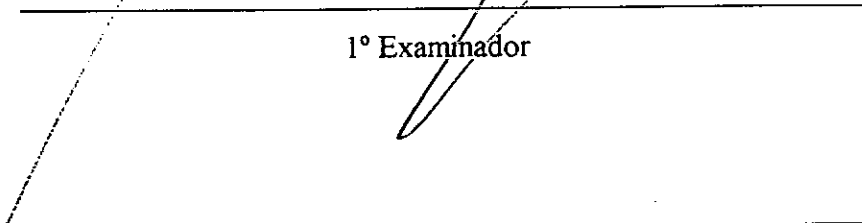
BANCA EXAMINADORA:



Maria Magnólia Barbosa da Silva
Orientadora



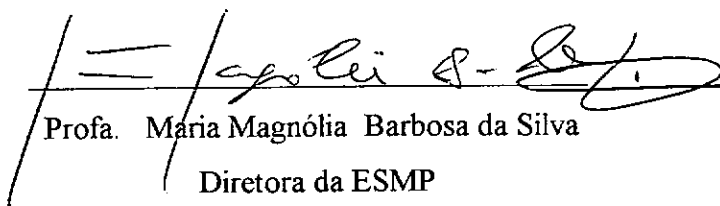
1º Examinador



2º Examinador



Prof. Marcelo Lima Guerra
Coordenador do Curso



Profa. Maria Magnólia Barbosa da Silva
Diretora da ESMP

“ As decisões judiciais devem evoluir
constantemente, referindo, é certo,
os casos pretéritos, mas
operando passagem
à renovação judicial
do Direito”.

_ Nelson Sampaio

Nossos Agradecimentos:

A MD. Procuradora Geral de Justiça Dra. Maria do Perpétuo Socorro França que nos proporcionou a possibilidade de participarmos do Curso de Especialização em Processo Civil

A querida Professora e Orientadora Dra. Maria Magnólia Barbosa da Silva, então Diretora da Escola Superior do Ministério Público, pelo empenho e dedicação na realização do curso e pelo carinho com que nos recebeu.

Aos Professores que entusiasticamente nos ministraram suas aulas

Aos funcionários da Escola Superior do Ministério Público e Universidade Federal do Ceará (UFC), pela dedicação, paciência e tolerância em nos atender.

RESUMO

MOREIRA, M. A. Relativização da Coisa Julgada nos casos de Investigação de Paternidade onde não foi realizado o exame de DNA. Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza-Ce, junho de 2003. Professora Orientadora: Maria Magnólia Barbosa da Silva. Coordenador do Curso de Especialização em Processo Civil, Prof. Marcelo Lima Guerra. Diretora da ESMP, Profa. Maria Magnólia Barbosa da Silva.

Trabalho de pesquisa no qual se tenta refletir sobre as inovações introduzidas no Direito de Família a partir da evolução científica da descoberta do vínculo biológico da paternidade, tratando sobre a relativização da autoridade da coisa julgada na Investigação de Paternidade e circundando temas correlatos como A Negatória da Paternidade e A Paternidade Socioafetiva, concluindo que o império da coisa julgada, embora tenha seus pilares sustentados em reconhecidas razões de segurança e estabilidade do ordenamento jurídico, já não encontra justificativa e fundamento quando o julgamento pode ser cientificamente corrigido.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I	
A COISA JULGADA	10
CAPÍTULO II	
PATERNIDADE COMO VÍNCULO BIOLÓGICO	14
CAPÍTULO III	
RELATIVIDADE DA COISA JULGADA	27
CAPÍTULO IV	
A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA	35
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

Por ocasião da nossa participação no Curso de Especialização em Processo Civil, fomos sugerida uma relação de temas para monografia. Referindo-se a atuação do Ministério Público nas Áreas Cível e Especializadas, deparamos-nos com a seguinte sugestão: “**direito de família – inovações e perspectivas**”. A partir dessa apaixonante sugestão, que contém muitas possibilidades de vivo interesse para todos que operam no Direito de Família, direcionamos nossa pesquisa motivada, principalmente, por fatos vivenciados no cotidiano, em razão da nossa atividade na 8ª Promotoria de Família, bem como pela efervescência do assunto que, palpitante e controverso, suscita polêmicas até mesmo entre tribunais.

O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentam as mais rápidas e consagradas evoluções. A sugestão apresentada, então, serviu de rumo para direcionar o nosso trabalho, que discorrerá sobre a possibilidade de se rever decisão sobre a qual já se tenha operado a coisa julgada, repensando a aplicação desse instituto no Direito de Família. Trataremos, pois, da **relativização da coisa julgada, nos casos de investigação de paternidade onde não foi realizado o exame de DNA**. Quiçá, no futuro bem próximo, a própria lei retire a força de coisa julgada a esses casos específicos, prevalecendo a busca da verdade real.

Como outras garantias dos direitos individuais – o respeito a coisa julgada, à decisão de que já não caiba mais recurso, a *res judicata* – é princípio que está sedimentado na consciência coletiva como indispensável à paz e à coesão social, ao equilíbrio e harmonia dos direitos políticos, à segurança e vitalidade da própria estrutura do Estado.

Em que pese a sedimentação na consciência coletiva de que o respeito a coisa julgada é segurança jurídica indispensável à paz e a coesão social, sendo, por isso mesmo garantia dos direitos individuais expresso na Const. Federal (art. 5º, XXXVI), hodiernamente já se tem notícia de superação da coisa julgada particularmente em casos de investigação de paternidade, onde não foi realizado o exame de DNA. Grassa os tribunais superiores decisões nesse sentido. Recentemente alguns trabalhos têm sido publicados abordando o assunto e muitas decisões judiciais, de Tribunais Superiores, têm admitido o re-exame de casos para submetê-los ao exame de DNA.

Sobre esse palpitante tema desenvolveremos nosso trabalho, circuncidando temas correlatos, tais como: a coisa julgada, a negatória da paternidade, e a paternidade sócio afetiva; sem descuidar-se das garantias constitucionais, mas harmonizando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

A Constituição Federal Brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, par. 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art.227). Já o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o “reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

De todos é sabido que no cenário jurídico brasileiro há uma visível e robusta corrente doutrinário-jurisprudencial de valorização do direito indisponível à perfilhação genética.

Em acórdão da 3ª Turma do STJ, em 03/04/90, já lecionava o Ministro Waldemar Zveiter, “ *mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade*”.

Efetivamente, neste alvorecer de milênio, o Direito de Família passa por intrínsecas transformações, espelhando a mudança dos valores que regem a sociedade e a própria família. Assim, várias situações novas surgem para que o ordenamento jurídico possa disciplinar.¹

Uma das questões centrais desta nova fase do Direito de Família é o problema do reconhecimento da paternidade e seus efeitos, tema tratado com exaustão pelos grandes doutrinadores do País em face da mudança ocasionada pela Carta Magna de 1988, que igualou em direitos os filhos havidos ou não fora do casamento, pondo termo definitivamente as distinções, restrições e discriminações entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos.

Embora o tema da investigação da paternidade não seja novo, ele toma atualmente novos contornos em consequência dos avanços da ciência no que se refere à comprovação da paternidade, bem como do Princípio do Melhor Interesse da Criança que vem sendo implementado pela doutrina e jurisprudência.

¹ FURTADO, Alessandra Morais de Sousa – In *Revista Brasileira de Direito de Família*, no 13, ref. Abr-Maio-Jun 2002 – pág. 13.

CAPÍTULO I

A COISA JULGADA

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada” (Const. Federal, art. 5º, inciso XXXVI).”

Histórico

A história dos institutos processuais, como a do direito em geral, naquilo que interessa ao direito pátrio, começa em Roma. Partindo daí, para chegar-se aos nossos dias, na longa caminhada, passou o direito processual por profundas transformações, sem perder, entretanto, estreito contacto com suas origens.

Atravessando vários períodos, desde a fundação de Roma (754 a. C.), resistindo a invasões, manteve-se o direito romano, passando pelo direito *romano-barbárico*, após a queda de Roma (ano 476) e mais tarde *romano-canônico*.

Da península itálica o processo romano-canônico, expandiu-se paulatinamente, pelos mais diversos países da Europa.

Enquanto colônia de Portugal ou erigido em reino, unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil se regulava pelas leis portuguesas e conforme elas disciplinava o seu processo civil.

Proclamada a independência do Brasil e mais tarde passando o processo civil por sensíveis mudanças, na essência e na estrutura manteve-se o processo das Ordenações, *de fundo romano-canônico*, mantendo-se os institutos do direito romano, ainda hoje orientadores da nossa doutrina, como o é o instituto da coisa julgada.

Ao longo da história eminentes processualistas proclamaram e excelência e a autoridade da coisa julgada. Citamos como destaque na doutrina italiana a obra *Coisa julgada* de Chiovenda (1914); *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada*, de Celso Neves (1970); *A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Sentença*, de J. I. Botelho de Mesquita (1963), entre outros.

COISA JULGADA – Estabilidade e Paz Social

Em todo grupo social há necessidade de uma instância com poderes para interpretar e aplicar o direito coativamente e em caráter definitivo, satisfazendo, assim, a necessidade de certeza e segurança jurídicas, valores imprescindíveis à estabilidade social.

A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de interpretar e aplicar o direito coativamente as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história.

Daí o conceito de coisa julgada: a eficácia que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito de que já não cabe mais recurso.

Coisa julgada no direito processual e no direito material

No campo do direito processual a coisa julgada tem como efeito extinguir a um só tempo o direito de ação e a obrigação jurisdicional do Estado.

No campo do direito substantivo, torna estáveis e imutáveis as relações jurídicas declaradas na sentença.

Eficácia processual da coisa julgada

A eficácia da coisa julgada resolve-se não só na imperatividade, como também na imutabilidade. Se a parte a quem não agrada o juízo pudesse obter ou ainda somente pedir ilimitadamente a mudança dele, a lide, em lugar de compor-se, permaneceria ou poderia permanecer sempre aberta. A composição da lide exige, então, não só a imperatividade, como até certo ponto também a imutabilidade do juízo.

Enquanto a imperatividade do juízo é um efeito do direito material, a imutabilidade é, por sua vez, genuinamente processual e resolve-se na falta do poder de julgar, por qualquer juízo o que já tinha sido julgado. Isso significa que as decisões jurisdicionais tornam-se imutáveis, diferentemente das decisões administrativas que podem ser revogadas ou anuladas pela própria administração, e são suscetíveis de revisão e censura jurisdicional.

Coisa julgada material e coisa julgada formal.

Enquanto a imperatividade é denominada coisa julgada material, a imutabilidade recebe o nome de coisa julgada formal.

Toda sentença ao aplicar o direito a um fato concreto, a um fenômeno da vida societária, integra a norma ao fato e os sujeitos à norma. Assumindo seus aspectos definitivos, quais sejam, a ultimação da aplicação do direito objetivo sobre a relação com todas as suas decorrências, aquele fenômeno não mais se pode aplicar diferentemente o direito. Nisso reside a imutabilidade que recebe o nome de coisa julgada material.

Há relações jurídicas, contudo, que contêm ou conotações de permanência continuada e diversa no tempo, ou a possibilidade intrínseca de alteração de seus pressupostos fáticos, sobre os quais a aplicação do direito, que se ultima cada vez, não impossibilita o fato de vir a ser aplicado de modo diverso, em diversas oportunidades, em face dessa mutabilidade.

A aplicação do direito objetivo, pois, sobre tais relações não gera coisa julgada material, uma vez que o direito poderá vir a ser novamente aplicado, e diferentemente. É o caso, por exemplo, dos alimentos.

Assim, não se transitam materialmente em julgado as sentenças em alimentos, fora de qualquer dúvida todas elas transitam formalmente em julgado, pois que sem essa força de “*res judicata*” material nenhuma sentença pela axiologia processual é exequível.

Exceção da coisa julgada

É instrumento colocado à disposição das partes para evitar que situações jurídicas já acertadas em caráter definitivo, por sentença coberta pela força da coisa julgada, sejam novamente agitadas perante o Judiciário e, novamente, objeto de sua decisão. A Constituição Federal afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Isso significa que pelo princípio da coisa julgada firma-se a proteção das sentenças definitivas contra qualquer ataque ou modificação.

Quando uma sentença transita em julgado significa que findou o litígio e que a decisão é irretratável, só lhe restando a execução. Pois, se permitido fosse o *bis de eadem* não haveria paz jurídica. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tomou a seguinte posição:

*“seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra 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 de coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para revê as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria...”*²

² REsp 107.428/GO (DJ 12.06.2000) Relator o Ministro Menezes Direito. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 11 – Porto Alegre: Síntese, 2000.

Em que pese o posicionamento do STJ, e conforme sustentou ROLF MADALENO “a cada instante perfilam acalentadas doutrinas que se inquietam com a imutabilidade da autoridade da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica”.³

³ “A coisa julgada na investigação de paternidade” in *Grandes Temas da Atualidade em DNA*, coord. Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.287/309.

CAPÍTULO II

A PATERNIDADE COMO VÍNCULO BIOLÓGICO

A filiação como fenômeno da natureza, contém em si o sentido biológico da paternidade pelo qual se atribui a condição de pai ao pai genético.

Como acontecimento natural ou biológico, a filiação é o vínculo que liga gerados ou geradores, assentado no fato fisiológico da procriação engendrado pelo encontro vitorioso das células sexuais: masculina (espermatozóide) e a feminina (óvulo).⁴

Decorrência do fato natural da procriação, a concepção atende ao instinto de preservação da descendência da espécie humana, anterior ao próprio Direito.

O Direito, no entanto, apreende, regulamenta e tenta controlar o comportamento humano, notadamente na seara do Direito de Família.

O ordenamento jurídico “escolhe” os critérios para revestir de certeza jurídica o fato natural da procriação.⁵

No curso do século XX, gradativamente a intervenção do Estado manifestou-se no sentido de estabelecer uma relação de interdependência com a estrutura da sociedade brasileira, moldando uma nova legislação, até chegar à equiparação dos filhos havidos no casamento, fora dele e por adoção, esculpido no para. 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Paralelamente à evolução legislativa deu-se a evolução científica da descoberta do vínculo biológico da paternidade, trazendo à discussão as conquistas mais atuais, modernas e revolucionárias da ciência no campo da genética humana, posto que “o vínculo de sangue é considerado, ainda hoje, o padrão e continua sendo um dos elementos definidores da qualificação jurídica da pessoa, do seu estado, do status de cidadão”.⁶

⁴ MOURA, Mário Aguiar, *Tratado prático da filiação. Filiação legítima e ilegítima*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, vol. I, p. 20.

⁵ Consoante lição de Luiz Edson FACHIN, “a família, como fato cultural, está, ‘antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico’ (...) Na cultura, na história, prévia a códigos e posterior a emoldurações” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14. Curso de Direito Civil).

⁶ BARBOSA, Heloisa Helena. *Apud*. Almeida, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA*. Porto Alegre 2000. livreria do advogado.

A história legislativa da ascendência biológica

A história legislativa do reconhecimento judicial da paternidade denota a crise do sistema clássico esculpido no Código Civil de 1.916, que distinguia, de forma discriminatória os filhos “legítimos” dos “ilegítimos”, categorizando a filiação e imprimindo proteção superior aos filhos havidos na constância do casamento.⁷

A legislação extravagante, foi, passo a passo, caminhando lentamente para melhorar a condição dos filhos então havidos sob o estigma de ilegítimos

A gradual proteção aos filhos nascidos fora do casamento guarda em suas etapas uma relação dependente entre a sociedade, moldada por uma escala de valores mutável de tempos em tempos, e a elaboração de leis destinadas a regular o comportamento sexual do ser humano dentro do seu contexto social.

Passando pela legislação civil codificada de 1916, atravessando os microsistemas editados até chegar-se à Constituição Federal de 1988 a que se seguiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial, têm-se aí os grandes marcos legislativos.

A aplicabilidade imediata da Constituição Federal de 1988, significou alteração de caráter substancial no Direito de Família, citando-se a propósito: a instituição de um novo conceito de família, como célula base da sociedade, protegendo a família monoparental e reconhecendo as uniões livres estáveis como entidade familiar, equiparada a instituição do casamento, merecendo a proteção do Estado (art.226, § 3º e 4º); o princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre homens e mulheres no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, inciso I); o preceito de isonomia jurídica entre filhos de qualquer natureza e origem, havido ou não do matrimônio e os adotivos (art. 227, § 6º).

Nesse sentido, estatui textualmente o par. 6º do art. 227 que “*os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) surgiu em decorrência dos postulados constitucionais ao novo estado de filiação. O Capítulo III, Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o Título II, Dos Direitos Fundamentais, a Seção II, da Família Natural, são marcadores dos novos princípios jurídicos dignificantes ao estado de filiação.

⁷ FACHIN, Estabelecimento da Filiação, apud ALMEIDA, Maria Christina, op. Cit. Investigação de Paternidade e DNA – Porto Alegre/2000. Livraria do advogado

Após longo período percorrido e passando por sucessivas etapas, como o Decreto-Lei 3.200, de 1941, a Lei 883 de 1949, a Lei do Divórcio, de 1997, a Lei 7.250 de 1984, chegou-se à Lei 8.560, de 29.12.1992. Segundo este texto legal, os filhos havidos fora do casamento, aí compreendidos também os advindos da união estável, poderão ser reconhecidos, sem qualquer espécie de barreiras, por um ou por ambos os pais, conjunta ou separadamente, garantido ao filho reconhecido exclusivamente pela mãe o direito à averiguação oficiosa da paternidade.

Esta lei (8.560/92) regula o reconhecimento voluntário (art. 1º) e compulsório (art.2º) da paternidade extramatrimonial, conferindo, ainda, ao Ministério Público a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade (art.2º, § 4º) e constitui um passo a mais dado em favor da igualdade dos direitos entre os filhos.

Fechou-se, assim, com o Novo Código Civil Brasileiro, o ciclo legislativo evolutivo sobre a estado da filiação fora do casamento, embora o novo código não traga quaisquer avanços realmente significativos sobre o tema. Conquistados foram, portanto, todos os direitos da filiação extramatrimonial trazidos pelas alterações da estrutura familiar que implicaram, necessariamente, uma mudança na disciplina jurídica da filiação, mudança essa efetivada basicamente frente às exigências cada vez mais prementes do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

“A Constituição Federal de 1988 e as Leis nºs 8.069/90 (ECA) e 8.560/92 canonizaram a paternidade biológica, pelo que o filho, a qualquer tempo, já que imprescritível a demanda, pode investigar a paternidade contra o pai genético, não importando se é solteiro, viúvo, casado, divorciado ou convivente, não havendo mais qualquer discriminação entre filhos, pois todos são legítimos, não importando a origem da filiação.”⁸

NOVO TEMPO – A eclosão da verdade biológica

“Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas elas vão sempre mudando.” (Guimarães Rosa)

⁸ “A coisa julgada na investigação de paternidade” in Grandes Temas da Atualidade de DNA, coord. Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro. Forense/2000.

Conforme assevera ROLF MADADELENO,

“ O Direito de Família está dentre 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, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda não foram devidamente aquilatados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas”.⁹

Até o advento do exame pericial de DNA a certeza da paternidade nunca foi absoluta. No Direito Romano, sob a égide da máxima latina *“mater semper certa est, pater nunquam”* (a mãe é sempre certa, o pai nunca), a atribuição da paternidade tinha como um de seus sustentáculos principais a presunção *“pater is est quem nuptiae demonstrant”* (o pai é aquele que as núpcias indicam), segundo a qual os filhos nascidos da esposa são do marido.¹⁰

O C.Civil de 1916, seguindo a tendência presente nas legislações de inspiração romana, consagrou a presunção de que os filhos nascidos na constância do casamento são do marido. Em razão da força da presunção nem mesmo o adultério da mulher casada, com quem o marido convivia sob o mesmo teto ilidia a presunção, tudo cingia-se as restritas hipótese taxativamente catalogadas na lei e em com exíguos prazos.

A presunção *pater is* sempre foi a impossibilidade de se demonstrar cabalmente a paternidade. Não era possível saber, com um certo grau de confiança, sobre a paternidade atribuída a um suposto pai. Os métodos periciais precedentes ao DNA (tipos sanguíneos e HLA), apenas atestavam a exclusão da paternidade, mas suas respectivas técnicas não alcançavam um resultado de probabilidade de paternidade próximo da certeza.

Com a descoberta do revolucionário exame pericial em DNA, os processos judiciais investigatórios de paternidade passaram a contar com um elemento adicional poderoso, esclarecedor da verdade científica da paternidade biológica e uma busca frenética pelo reconhecimento da paternidade provocou um acúmulo de lides dessa natureza nas Varas de Família.

⁹ MADALENO, ROLF, “A coisa julgada na investigação de paternidade” in Grandes Temas da Atualidade de DNA, coord. Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 287/309

O exame pericial do DNA, sem sombra de dúvida, foi uma descoberta brilhante da ciência, constituindo uma das maiores conquistas da Engenharia Genética no último século, tendo sido largamente usado pelo Judiciário nas ações em que a certeza da paternidade é buscada.

Sem dúvida, o DNA trouxe segurança ao resultado das decisões por se tratar de um método seguro de identificação do vínculo genético.

Em verdade, pais e filhos, cuja relação paterno-filial foi declarada judicialmente numa fase em que meros indícios eram prova conclusiva, viviam uma intrigante relação por desconhecerem a verdade real sobre o vínculo que os unia.

Tal situação ocorria na fase antecedente à pesquisa científica da paternidade via exame de DNA, ou hodiernamente, porque coberto pelo manto do instituto jurídico da *res judicata*, não corresponde a descoberta da verdade real do vínculo paterno-filial.

No direito comparado, já reina pacífico o entendimento de que o DNA é prova central da investigação filial. Os argentinos VERRUNO, HAAS, RAIMONDI E LEGASPE chegam a disparar: “ *o DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consanguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em Cortes e Tribunais de Justiça do todo o mundo.* ” ¹¹

Em artigo a respeito dessa nova forma de investigar a paternidade RASKIN explica que:

“ *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 (hemácias) que não tem núcleo e portanto não têm DNA. Assim, o DNA das células brancas de seu sangue é exatamente igual ao DNA das células de sua pele, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, das células contidas na urina. Seu DNA é formado no momento da concepção e jamais mudará, mesmo depois da morte. Ingestão de drogas, medicamentos, radiação, não produzem mudanças no DNA que possam alterar o resultado de um teste de paternidade deste tipo.* ” ¹²

¹⁰ BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio, in Revista Brasileira de Direito de Família, nº 16, jan-mar de 2003, Porto Alegre: Síntese.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, ref. Abr-jun/2002, Porto Alegre: Síntese. Ob. Cit. Manual para la investigación de la filiación, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

¹² RASKIN, Salmo. DNA e investigação de paternidade – perguntas e respostas sobre o teste de paternidade e maternidade em DNA. In Direito na WEB.adv.Br, ano I 8. ed., 2001.

O exame de DNA constitui-se, portanto, na prova irretorquível. Alcança-se, por ele, a verdade biológica. Não há mais necessidade de resignação frente ao desejo, antes virtualmente irrealizável, de se conhecer as ligações biológicas que se supunham existir, ou que se suspeitavam pérfidas.

É direto de cada um conhecer a própria ascendência biológica (direito a identidade genética), de entrar na posse de sua história de vida. O conhecimento da própria ascendência não implica necessariamente na impugnação da paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça possui manifestação nesse sentido:

“Adoção. Investigação de Paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com os pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA” ¹³

In casu, a busca do procriador não coincide com a busca do pai.

A EXCELÊNCIA DO DNA – Considerações

Ayush Morad Amar, em apreciada obra sobre o tema, pontifica:

“a utilização do DNA, que envolve esmerada tecnologia e complexos mecanismos de Engenharia Genética, manipulação e reestruturação de genomas, possui em seu âmago o ácido desoxirribonucléico, suporte de todo o patrimônio genético dos seres vivos. Encontra-se no interior das células eucariotes, procariotes e vírus e, com exceção dos gêmeos univeitelinos, a Humanidade não tem conhecimento de dois indivíduos de idênticos DNAs”.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 127.541/RS. Relator Ministro Eduardo Ribeiro.

Como anota Bertolo Mateus de Oliveira Filho em sua consagrada obra – ALIMENTOS E Investigação de Paternidade – Ed. Del Rey 1993, é certo que na compreensão do avanço da genética, ao profissional do direito se apresentam enormes dificuldades para extrair de conceitos técnicos intrincados, acessíveis quase exclusivamente aos especialistas, algo compreensível para a verdade jurídica que lhe exige o ofício. As conclusões dos expertos, portanto, são francamente admitidas e irresponsada a excelência preconizada pelos exames.

Sem aviltar a contribuição inestimável da ciência genética ao Direito, forçoso convir que a hermética linguagem dos especialistas, especialmente na descrição da metodologia empregada, a todos envolve em paralisante perplexidade e torna escassa a aplicação do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil, pois somente excepcionalmente poderá o juiz, com bons argumentos, refutar a análise técnica do perito em genética.

O DNA veio por fim as incertezas advindas das ações de paternidade, e o que antes era deduzido por força de lei (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), ou por sentença judicial baseada em provas indiciárias e na convicção do juiz, passou a ser baseado em um dado concreto fornecido pela ciência e com baixíssima margem de incerteza.

Sobre o tema, assim nos ensina SALMO RASKIN:¹⁴

“Até o advento do teste em DNA, não era possível garantir com absoluta certeza se um indivíduo era ou não filho biológico de um determinado casal. No entanto, com o advento das técnicas que analisam o DNA, este problema ficou definitivamente resolvido, já que agora é possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão extremamente próximos de 100%. Ou seja, é possível, através do teste em DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram.”

¹⁴ RASKIN, Salmo. Manual prático do DNA para investigação de paternidade. Curitiba: Juruá, 1999, p. 21.

A Possibilidade de erro na realização do DNA

O grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana, ou seja, o exame genético de DNA é infalível, embora falível possa ser o procedimento da realização dessa prova. Erros podem ocorrer não devido à falibilidade do exame do DNA, mas, sim, devido a falibilidade humana. Inobstante a indicação de possíveis erros na formatação da perícia, os quais não se presumem, mas, sim, devem ser devidamente comprovados, já que a presunção é de confiabilidade no perito, o certo é que o exame genético em DNA tem resolvido satisfatoriamente os problemas da paternidade e da maternidade, em percentual próximo a 100%, o que representa certeza científica. Não se nega que esse exame, como qualquer outra prova, corre o risco de ser produzido com erro, fraude, simulação etc., Não se pode, entretanto, deixar de canonizar o exame genético de DNA pela possibilidade de ocorrência de eventual vício em sua realização. Isso já não seria, então, uma questão de direito material, mas, sim, de direito processual. No caso de troca de sangue, corrupção do médico, adoção de método menos eficaz, etc., estar-se-á adentrando no terreno movediço do ônus da prova, já que o prejudicado deverá comprovar a suspeita de vício jurídico na perícia, o que significa reconhecer que o resultado do exame genético de DNA é infalível.

O perito, como auxiliar do juízo, goza de presunção de que seu trabalho foi realizado com correção. No entanto, pairando dúvida sobre eventual erro ou defeito na coleta da prova, desde que um fundamento lógico e coerente embase a suspeita de erro, é pertinente que uma segunda perícia seja realizada.

Condução Coercitiva do Investigado na Produção do Exame Genético de DNA

A recusa do investigado em submeter-se ao exame genético é um dos mais difíceis problemas a serem resolvidos na investigação de paternidade. Parte dos tribunais pátrios admite a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético de DNA. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é obrigatória a produção dessa prova, o que se haure do seguinte julgado:

“ na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos

processuais, a busca da verdade real". Porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu não ser possível a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético de DNA, nos seguintes termos:

" Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intangibilidade do corpo humano. do império da lei e da inexecução específica e direta da 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 de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".¹⁵

Conseqüentemente, instalou-se um conflito entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, porque, de um lado, o STF garantiu ao investigado o direito de recusa ao exame, mas, de outro, o STJ determinou a produção dessa prova, entendendo que o estado de filho é *"um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição de lei"*.

Ressalte-se que a decisão do STF deu-se no ano de 1.994 e considerando a evolução científica, o fato de que o exame que pode ser realizado com material colhido sem qualquer agressão ao corpo, colhendo, tão somente material como a saliva por exemplo, dispensando também a condução do investigado ao laboratório, posto que o material poderá ser colhido em juízo, em sala de audiência por ocasião de realização de qualquer ato judicial, como efetivamente tem ocorrido, temos que os obstáculos são menores e que a realização do exame de DNA já pode ser possível sem impingir ao investigado qualquer agressão de ordem física ou moral.

A decisão proferida pela Suprema Corte reveste-se de uma peculiaridade. A rigor, o julgado do Supremo Tribunal Federal não dificulta ou impede a apuração da verdade nas ações de investigação de paternidade, apenas, garante ao investigado a prerrogativa de não se submeter ao exame da prova genética, impondo-lhe, no entanto, as conseqüências processuais da recusa que podem, até mesmo, resultar na procedência da ação investigatória de paternidade¹⁶

¹⁵ Cfe. Acórdão do SATF, em sessão plenária, *Habeas Corpus* nº 713.373-4/RS, em 10.11.1994, Rel. Marco Aurélio, por maioria de votos, Boletim Informativo nº 31, de nov/96, da PGJ do RS.

¹⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA, aspectos polêmicos*. Livraria do Advogado / Porto Alegre: 2001.

A decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fez eclodir a discussão doutrinária e jurisprudencial, acerca dos efeitos processuais decorrentes da negativa do suposto pai em realizar a prova científica.

É dominante o entendimento de que a recusa do investigado em submeter-se a perícia genética repercute-lhe negativamente no processo investigatório da paternidade, uma vez que poderá ser provado o que se pretendia provar com o exame, facilitando, assim, o êxito da ação para o investigante que recebe do Estado-Juiz a declaração de uma paternidade presumida, operando a negativa do suposto pai como indício do vínculo parental.

Constata-se que o sistema legal contém mecanismos que propiciam a interpretação da recusa manifestada pelo suposto pai em relação à coleta do material genético para o exame pericial em favor do investigante. São exemplos desse mecanismo os artigos 231 e 232 do Novo Código Civil Brasileiro, assim estando expresso no art. 232: *“a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”*. A recusa em participar do exame de DNA, agora, com a nova legislação, passou a ter conotação de abuso de direito (intenção de prejudicar a apuração da verdade) e, por isso, ganhou *status* de efeito probatório (obviamente contrário aos interesses do faltoso). À recusa do investigado deve somar-se ao conjunto da prova.

Na fase atual da construção do direito brasileiro, começa-se a revisar o espaço que a ciência jurídica ocupa no bojo das lides investigatórias de paternidade, assumindo o juiz o seu papel de intérprete e aplicador do ordenamento jurídico brasileiro, dando adequada valoração às provas.

6. A negatória da paternidade

Além das ações de investigação de paternidade, são comuns atualmente as ações negatórias da paternidade, tanto de paternidades que foram declaradas judicialmente, sem a realização do exame de DNA, quanto de paternidades declaradas voluntariamente perante o oficial do Registro Civil. Ora, nos termos do disposto no art. 1º da lei 8.560/92, o reconhecimento é irrevogável. Com a vigência do novo Código Civil, a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário veio proclamada em dois artigos: no art. 1.609, *caput* e no art. 1.610. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ensina haver “infindável polêmica” sobre a natureza jurídica do reconhecimento voluntário de paternidade. Entende ser “ato jurídico” que não é negócio jurídico, porque os seus efeitos são determinados em lei”. Aduzindo, o reconhecimento voluntário é irrevogável. Sendo, no entanto, anulável, como qualquer manifestação de vontade, pela ocorrência de causas enumeradas legalmente. Aqui, mais uma,

vez instala-se infundável polêmica. Sustentam alguns juristas que a ação de anulação por qualquer dos vícios de consentimento ficaria sujeita ao prazo de prescricional previsto na lei, outros, porém, asseguram a imprescritibilidade da ação, asseverando que a negatória da paternidade, por decorrência lógica, há de ter o mesmo tratamento da ação investigatória quanto ao seu exercício, devendo ser reconhecida a imprescritibilidade do direito. Consolidase a jurisprudência no entendimento de que o reconhecimento da paternidade, embora voluntário, pode ser retratável ante fatos novos, ou seja, no caso de reconhecido erro substancial, o que não significa arrependimento posterior, mas sim a descoberta, através de exames, que o reconhecido não é filho do reconhecente.

A impugnação da paternidade de filhos não matrimoniais, reconhecidos voluntariamente ou declarados por sentença judicial, faz-se mediante ação de anulação de reconhecimento da paternidade. Indaga-se: Seria irrevogável o reconhecimento voluntário? Ou seria justo anular o reconhecimento concretizado com erro substancial ou sob coação moral, para que a verdade biológica ilumine a justiça? Se realizado o exame de DNA depois do trânsito em julgado da sentença que reconhece a paternidade, em investigação de paternidade, ficar demonstrada a inexistência de vínculo biológico, a coisa julgada predomina para garantia da estabilidade social, passando a pessoa a ser filha da coisa julgada? Reconhecem alguns juristas que essa situação representa uma incoerência diante da inverdade genética notabilizada pelo DNA, sendo injusto e moralmente aceitável manter alguém como pai de filho de outrem, obrigando-o a pagar alimentos, apenas porque acreditou na autoria da concepção ou porque assim declarou uma sentença.

Grande parte da doutrina tem concordado que a legislação que rege a investigação de paternidade merece interpretação de acordo com a teoria da revogabilidade por vícios de consentimento. O reconhecimento poderá ser anulo ou anulável, dependendo dos vícios ou defeitos que contiver.

O ilustre BARBOSA MOREIRA deixou consignado, quando Desembargador do TJ/RJ, que:

“o que não se admite, por parte do reconhecente, é a pura e simples retratação. O ato é irrevogável: não pode ser desfeito só porque o reconhecente mude de idéia, se sinta arrependido de havê-lo praticado. Mas não há confundir revogação com anulação: aquela se resolve na mera retirada da declaração de vontade anterior, esta representa o corolário de um defeito legalmente previsto como capaz de sujeitar o ato a desfazer-se, mediante provocação do interessado”. (Direito Aplicado, Forense 1987,p.292)

Ademais, apurar a verdadeira paternidade interessa ao filho, que poderá prevenir-se de possíveis traumas da hereditariedade. É a questão da valorização do *patrimônio genético*, definido

“ no sentido de universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes, embora com naturais mutações ao longo das gerações e que, em conjugação com fatores ambientais e num permanente processo de inter-ação, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao patrimônio genético. Coimbra: Almedina, 1998, p. 32).

Provado que o reconhecente não pai biológico do reconhecido, deve prevalecer o princípio da verdade real, em detrimento da coisa julgada, bem como, que se elimine do registro público a inscrição filial errada, ensejando a pessoa reconhecida por erro, oportunidade de descobrir o seu código genético, uma variante da dignidade humana (arts. 1º, III, 227, caput e 227, § 6º, da Constituição Federal) e de significativo valor diante da medicina preventiva ou diagnóstico pré-sintomático de doenças gênicas (várias formas de câncer, diabetes, coronariopatias, hipertensão, doença de Alzheimer, artrite reumática, colite ulcerativa, esclerose múltipla e grandes psicoses) “todas elas têm em sua etiologia componentes genéticos importantes, e a identificação dos genes (DNA) envolvidos abrirá novas oportunidades para a intervenção médica preventiva”, in *Direito e Medicina*, obra coletiva da Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p.45)

Vale a pena ressaltar que existem outras virtudes decorrentes da verdade. Conhecer a própria origem significa também *“impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais, assegurar o uso de sobrenome familiar, com sua história e reputação”*, fora as garantias de ordem patrimonial e sucessória.

É salutar a decisão do STJ que com apoio no art. 20 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – admite a imprescritibilidade da ação para o filho anular a paternidade irreal, perseguindo o reconhecimento de filho em face do verdadeiro pai (RT 773/190). O inverso é igualmente salutar ou democrático e grande parte da doutrina concorda: não há impediências, salvo os normais e próprios dos demais direitos, para se questionar o vínculo da paternidade, sempre que a expressão do registro mostrar-se diversa da realidade biológica. Então a sentença que mesmo diante de provas irrefutáveis (exame de DNA) do erro do reconhecimento da paternidade, confirma a sua eficácia em nome da coisa julgada, incide em violação literal de dispositivo legal (art. 485, VII, do CPC). O pressuposto

de validade do reconhecimento voluntário repousa na “verdade”, de modo que comprovado que a proclamação do parentesco é ficcional (o pai reconhece como seu filho que não é), não há consequência produtiva ou proveitosa para a ordem jurídica.

Se o afeto não for capaz de superar a ausência do vínculo de sangue quando a verdade vem à tona, não cabe à Justiça impingir a qualquer das partes a manutenção dessa relação.

“*Viola-se a lei*”, enfatizou o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (“Ação Rescisória”, in RT 646/11):

“não só quando se diz que não está a mesma em vigor, mas também quando se decide em sentido diretamente oposto ao que nela está expresso e claro. Em outras palavras, há violação não apenas quando há afronta direta ao preceito, mas, igualmente, quando há interpretação manifestamente errônea”.

Não se pode perder de vista que está em jogo: “o melhor interesse da criança”.

Ora, impor a uma pessoa que se declarou pai de uma criança, o ônus de arcar com uma paternidade que este passou a rejeitar a partir do momento em que, de posse da verdade, soube ser filho de outro, não condiz com o que prescreve o Ordenamento Jurídico e, sobretudo, agride e deteriora a relação paterno-filial, podendo gerar danos irreparáveis à criança.

Certamente o melhor interesse da criança encontra-se exatamente onde ela possa encontrar amor, afeto e uma relação verdadeira com seus pais. Ora, se o pai que foi induzido em erro ao declarar a paternidade de seu suposto filho, ao tomar ciência da verdade não possui condições internas se suplantar a dor da traição em nome do amor que deveria ter sido construído entre ele e a criança, é melhor que se garanta a esse pai o direito de desconstituir essa paternidade indesejada, para, sobretudo, impedir que a criança seja vítima do desprezo e da discriminação daquele que ela conhece como seu pai.

As palavras do Ministro EDUARDO RIBEIRO da 3ª Turma julgadora do Superior Tribunal de Justiça, em entrevista concedida ao Jornal Tribuna do Direito, refletem o que o Novo Código Civil normatizou:

“ O Ministro afirmou, ainda, que não percebe a quem possa interessar a situação de falsidade, porque a criança não receberá carinho e apoio de alguém que sabe não ser seu pai, não deseja ser tido como tal e se vê, injustamente compelido a sustentar o filho de outro, filho da infidelidade conjugal”.

CAPÍTULO III

RELATIVIDADE DA COISA JULGADA

A inquietude gerada pela concepção da Coisa Julgada na ambiente atual do Direito de Família

Como alhures já foi dito por ROLF MADALENO, a cada instante perfilham acalentadas doutrinas que se inquietam com a imutabilidade da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica e sobre esse tema as ações grassam os Tribunais.

A possibilidade de se rever decisão sobre a qual já tenha operado a coisa julgada tem seu nascedouro na reflexão acerca dos interesses juridicamente relevantes, presentes nas demandas investigatórias de paternidade.

A aplicação cega e irrestrita do regime da coisa julgada nas ações filiatórias (e nas que versam sobre direitos indisponíveis, de modo geral) conduz, indubiosamente, a inquietações sociais e pessoais das mais diversas, uma vez que os modernos métodos de investigação científica permitem a formação de juízo valorativo seguro.

ROLF MADALENO assevera o seguinte:

“afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando a tal decisão se ressentiu da adequada pesquisa científica dos marcadores genéticos de DNA, olvidando-se de promover a prova material da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai”.

E acrescenta:

“no âmbito atual das ações de investigação de paternidade e assim também naquelas que pesquisam, na eventualidade, o vínculo de 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 e 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 rigida

*avaliação dos tradicionais meios probatórios até então disponibilizados e vertidos para o ventre da ação parental*¹⁷

Não é crível, nem aceitável, que se admita a aplicação das regras tradicionais do CPC nas ações filiatórias. O CPC data de 1973, quando não se podia imaginar a amplitude do avanço científico a que se chegaria em pouco tempo. Hoje não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, ou seja não foi realizado o exame de DNA, seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Hodiernamente não é admissível que se aceite como coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada.

Com efeito, não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a *dignidade da pessoa humana* e a *igualdade substancial*, preconizados constitucionalmente. Não é possível a formação da coisa julgada material, não se deve cogitar de coisa julgada material nos casos de investigação de paternidade, onde não foi realizado o exame de DNA. Esse pensamento, já dominante, também está sendo sedimentado nos tribunais brasileiros e na consciência coletiva.

A concepção social do processo não admite a aplicação do sistema da coisa julgada tradicional nas ações filiatórias, pena de atuação de indevidos formalismos, em detrimento de direitos e garantias fundamentais do homem.

A regra da coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que hoje se extrai do exame de DNA, pois, a ninguém interessa – nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade – que o registro seja a negação da realidade. É preciso, pois, atenuar os princípios que regem o instituto da coisa julgada.¹⁸

¹⁷ Apud MADALENO, Rolf. Novas perspectivas no direito de família, p. 162.

¹⁸ REsp 196.966/DF (DJ 28.02.2000), relatado pelo Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR.

ROLF MADALENO escreveu:

“Tendo a ciência da herança genética atingido seus níveis de certeza e segurança, repulsa seguir em defesa do escopo político e social da coisa julgada quando um laudo de DNA pode atestar a certeza jurídica da filiação e complementar ou reescrever a verdade dos vínculos de parentesco que antes de espumar a realidade dos registros públicos, acalma a alma agitada de cada um dos protagonistas destas ações que procura a semente exata de sua criação”. (“A coisa julgada na investigação de paternidade”, in *Grandes Temas da Atualidade – DNA*, obra coletiva da Forense, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite, 2000, p.303)

Nesse mesmo assunto BELMIRO PEDRO WELTER, em artigo intitulado *Coisa julgada na investigação de paternidade*, assinala:

“ de nada adianta canonizar-se o instituto da coisa julgada em detrimento da paz social, já que a paternidade biológica não é interesse apenas do investigador ou investigado, mas de toda a sociedade, e não existe tranquilidade social com a imutabilidade da coisa julgada da mentira, do engodo, da falsidade do registro público, na medida em que a paternidade biológica é direito natural, constitucional, irrenunciável, imprescritível, indisponível, inegociável, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, genuíno princípio da dignidade humana, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II).

E esse direito natural e constitucional de personalidade não pode ser afastado nem pelo Poder Judiciário, nem pela sociedade e nem pelo Estado, porque, parafraseando HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, se queremos uma sociedade de pessoas livres, não se pode colocar a segurança da coisa julgada acima da justiça e da liberdade, porque um povo sem liberdade e sem justiça é um povo escravo, devendo ser entendido que ‘mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais abrangente, no texto da nova Carta. E esse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade’.”

E conclui o mencionado articulista que “*não faz coisa julgada material a sentença de improcedência, por insuficiência de provas da paternidade biológica*”.

Ainda neste sentido e pautando pela prevalência do princípio da verdade real, que inspira o legislador e o jurista moderno, decidiu a 4ª turma, no REsp. nº 987/RJ (DJ 28.10.1991):

I – Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor.

II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”.

O sistema legal de presunção de paternidade, nas hipóteses de filiação aparentemente oriunda de um casamento, quando há negação de paternidade por parte do marido, esvazia-se diante da verdade real que ganha corpo, também, nos casos de filiação fora do matrimônio, onde não há presunção de paternidade, mas há relevância do avanço científico da engenharia genética para a descoberta da verdade biológica da paternidade, direito, e não mais uma presunção legal, um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição de lei.

A eclosão da verdade biológica à perquirição da ascendência põe o sistema de presunções legais em crise, tornando plenamente justificada a indagação sobre a paternidade genética, sobretudo, quando o afeto não for capaz de superar a ausência do vínculo de sangue.

O progresso científico abalou a regra milenar “*mater semper certa est*”. Por conseguinte, a não menos milenar presunção da *pater is est quem nuptiae demonstrant* está sendo afastada do plenário jurídico, em vista da certeza da paternidade e maternidade, através do exame genético de DNA. (19) Ressalte-se que o art.1. 601 do Novo Código de Processo Civil proclamou a imprescritibilidade da ação para o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

O sistema da coisa julgada no CPC de 1973 já não tem guarida nas ações filiatórias. Fácil depreender a necessidade e o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular as ações investigatórias e negatórias de paternidade. Esse novo sistema de regulamentação da coisa julgada, inclusive, independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado, como efetivamente está sendo, em cada caso concreto pela jurisprudência, a partir das concepções

¹⁹ Cfe. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1997. p.155 constitucionais da dignidade da pessoa humana.

A evolução demonstrou que não tinha razão CHIOVENDA, quando tentou encerrar os debates sobre coisa julgada, afirmando no alvorecer do século passado, que pouco restava por dizer sobre a matéria que não fosse inútil.

Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar, até mesmo, a própria sociedade. Deve ser ponderado pelo princípio da *proporcionalidade* qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto. Deve-se considerar se mais vale a *segurança* ou a *justiça*. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor *justiça*, neste caso, porque *sem justiça não há liberdade qualquer*.

As ações sobre filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pelo CPC, art. 467 e ss. Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada quedou-se mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa, etc.), com muito mais razão dever ser relativizada nas ações filiatórias.

As regras ordinárias sobre a coisa julgada, arquitetadas no CPC, não podem ir de encontro a Lei Maior, nem se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade. Pensar diferente é trafegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução das pesquisas genéticas.

Em que pese o respeito e relevância à coisa julgada, a busca pelo verdadeiro reconhecimento do vínculo de paternidade, aliada às conquistas mais atuais, modernas e revolucionárias da ciência no campo da genética humana devem prevalecer em relação às formalidades legais, pois, o que está em jogo não é simplesmente um processo judicial, mas sim, a identidade, a vida, a dignidade de quem investiga e daquele que é investigado e os vínculos que deste resultado podem surgir e é isto que o Direito busca proteger e preservar.

Neste aspecto, importante ressaltar a coisa julgada no processo penal, onde, temendo a falha humana na prestação jurisdicional, sempre é admitida a revisão criminal da sentença condenatória, uma vez que é a liberdade do réu que é posta em jogo. Neste sentido, é proficiente o ensinamento de ROLF MADALENO, de que:²⁰

“ Se a vida e a liberdade merecem o reexame incondicional das sentenças repressivas, idêntico balanço precisa encontrar respaldo na seara cível, onde outra ordem relevante de direitos fundamentais se apresenta sob a roupagem da identidade e da personalidade de uma pessoa que precisa e aspira o seu verdadeiro estado familiar. Conseqüentemente, a viabilidade de revisar sentenças judiciais já passadas em julgado, não pode continuar sendo apenas monopólio do processo penal, merecendo que julgadores possam certificar a vinculação biológica daquele que

pesquisa a sua verdadeira identidade sócio familiar, deitando idêntico peso jurídico sobre valores tão próximos e tão relevantes como são a liberdade e a identidade da pessoa humana, mormente quando no estágio atual dos conhecimentos da genética humana, sentenças judiciais podem subsidiar cientificamente a paternidade”.

E com brilhantismo que arremata: “mostra-se elevadamente temerário perpetuar dentro da investigação do vínculo biológico, o império da coisa julgada que, embora tenha os seus pilares sustentados em reconhecidas razões de segurança e de estabilidade do ordenamento jurídico, já não encontra justificativa e fundamento quando o julgamento pode ser cientificamente corrigido”.

GALENO LACERDA também já disse que, pelo sistema brasileiro, a coisa julgada, para ser intangível, deve corresponder à “*verdade dos fatos*”.

O EMBLEMA DE UMA NOVA ERA – Adequação do direito à realidade social

Consideradas as peculiaridades das ações filiatórias, é mister afirmar que a coisa julgada nelas se forma a depender do resultado da produção probatória.

Disso não discrepa CÂNDIDO DINAMARCO, propondo uma *relativização da coisa julgada* devendo aplicar-se a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes sem a realização do exame de DNA, porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é.

O formalismo do processo não pode ser prestigiado em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial.

A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ter assegurados seus direitos fundamentais. Até porque é constitucional a determinação do respeito à *dignidade humana* e à *isonomia substancial*. Deste modo, resta ao processo civil adequar-se às necessidades da vida humana, distribuindo segurança e respeito aos direitos fundamentais.

Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no texto constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao

²⁰ MADALENO, Rolf, A coisa julgada na investigação de paternidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação – Aspectos constitucionais, civis e penais*, p.291.

reconhecimento da filiação. Enfim, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Reafirma-se, nesse passo, que é a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade de seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e atenta contra a *dignidade humana*, fazendo *tabula rasa* dos direitos fundamentais.

Pensar diferente é voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária *relativização da coisa julgada*, evitando tormentos e indevidas negações do direito à filiação. Cumpre ao direito proclamar a verdade, apaziguando a alma e os corações inquietos. Espera-se que em breve tempo haja uma necessária uniformização do tema no Superior Tribunal de Justiça.

Vale registrar, por derradeiro, que buscando tratar a matéria no plano positivo, apresentando uma solução de *lege ferenda*, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 116/2001, de autoria do Senador VALMIR AMARAL, dispondo: “art. 1º A emenda da Lei 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: ‘Regula a investigação de paternidade’. Art. 2º O art. 8º da Lei 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo único – A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3º Essa lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Enfim, é preciso garantir o império e o papel primordial dos direitos fundamentais do homem.

Lamentavelmente a prova genética da paternidade ainda revela-se inacessível aos menos afortunados, em face do custo elevado dos exames. A administração pública ainda não assimilou a necessidade de socorrer os litigantes miseráveis a quem também é destinada a regra constitucional.

A título de ilustração transcrevemos decisão publicada na Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, referente a Abr-Maio-Jun 2002, assim intitulada: Uma Decisão Consentânea com o seu Tempo: O Emblema de uma Nova Era

A importante decisão em comento, prolatada pela 4ª Turma do STJ, por unanimidade, no julgamento do Resp 226.436/PR. No dia 28 de junho de 2001, com brilhante voto-condutor do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ganhou a seguinte ementa:

“ 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 da ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, é 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 da investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje de 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 judiciais e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade 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.”

Ressalte-se, ainda, que votaram com o relator os Ministros BARROS MONTEIRO, CÉSAR ASFOR ROCHA, RUY ROSADO DE AGUIAR e ALDIR PASSARINHO JR., acolhendo integralmente o coerente posicionamento.

O voto do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA se apresenta como uma aula magistral sobre o tema, trazendo citações de inúmeros juristas nacionais em sustentação à tese da possibilidade de renovação da investigação de paternidade se outra já julgada não apresentava prova conclusiva com exame genético. Citam-se, dentre outros, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ROLF MADALENO, MARIA BERENICE DIAS, BELMIRO PEDRO WELTER. Assim conclui o eminente julgador:

“Por fim, releva salientar que na espécie o exame em DNA, por sua confiabilidade, seria a única prova capaz de evitar a incerteza fática da efetiva paternidade, seja pelo resultado, seja pela contraditória prova produzida, seja porque a decisão de improcedência se baseou exclusivamente nos depoimentos prestados em juízo.”

CAPÍTULO IV

A PATERNIDADE SÓCIO - AFETIVA

Neste início de milênio e sob as luzes da Carta Constitucional, que destaca a dignidade da pessoa humana como fundamento da república, o verdadeiro sentido da paternidade tem três modelos: a paternidade jurídica, derivada do matrimônio, a paternidade biológica, cuja relevância sempre foi reputada fundamental, podendo hoje ser claramente revelada através da pesquisa de DNA, e a paternidade socioafetiva, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, uma verdade que se constrói, haja vista, que a paternidade exige mais do que apenas laços de sangue.

É certo dizer que os três sentidos de paternidade coexistem, cabendo cogitar qual deles será privilegiado. No que pertine a paternidade jurídica, muito embora continue correspondendo à regra geral no texto positivado, vem sendo reconhecida como uma ficção, como algo artificial, de sorte a ser eventualmente afastada ante a admissão de que possa ser questionada pela nova ordem de idéias que vem se fazendo presente nos pronunciamentos dos Tribunais Superiores, sendo marcante a referência à descoberta da verdade real da paternidade.

O liame biológico da paternidade foi fortalecido nas últimas décadas com o desenvolvimento da genética e o surgimento do exame pericial de DNA, o qual suplantou todas as perícias hematológicas empregadas até então nas investigações de paternidade, destacando-se o caráter conclusivo de probabilidade de paternidade no resultado do exame de DNA, e não apenas excludente da mesma. Para os defensores da desbiologização da paternidade, o avanço experimentado pela engenharia genética é coerente com o estabelecimento de liames genéticos fundantes de uma relação entre descendente e ascendente, mas não necessariamente embaixadores de uma relação paterno-filial, posto que a verdade sócio afetiva não é menos importante que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas também na realidade de afeto que une pais e filhos e se manifesta em sua subjetividade e, externamente, perante o grupo social. O elo paterno-filial, portanto, não se consubstancia na simples consideração da hereditariedade sangüinea, mas é formado pelos laços afetivos, história pessoal de cada membro pautada por alegrias e tristezas, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social, que a realidade dos testes científicos da descoberta da paternidade não podem levar em consideração.

O reconhecimento de situações fáticas representadas por núcleos familiares recompostos vem trazer novos elementos sobre a concepção da paternidade, compreendendo, a partir deles, o papel social do pai e da mãe, desapegando-se do fator meramente biológico e ampliando-se o conceito de pai, realçando sua função psicossocial.

A vinculação socioafetiva prescinde da paternidade biológica. Ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação e como regra geral a filiação derive da relação biológica ela não pode se resumir a esse determinismo, podendo emergir do afeto. No sentido da paternidade de afeto, o pai é muito mais importante como função do que, propriamente, como genitor. Surge, assim, a corrente que defende a desbiologização da paternidade, afastando o fato natural da procriação para referendar a filiação socioafetiva.

O novo posicionamento acerca da paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de PAI: o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológico ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.

Sabe-se que hoje a concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual. Os avanços científicos permitindo a manipulação biológica popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga ou heteróloga, a cessão do útero, a comercialização de óvulos ou espermatozóides, a locação de útero. Diante dessas situações é mister que se encontre um caminho para estabelecer os vínculos da parentalidade.

O fortalecimento da verdade socioafetiva da paternidade reflete-se nas inseminações artificiais heterólogas, que realizam o projeto parental de um casal, criando um vínculo de afeto entre pais e filhos, não obstante a inexistência do vínculo biológico.

Diante dessa nova realidade, imperioso fazer uso de novos referenciais, pois não mais se pode buscar apenas a verdade jurídica ou apenas na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares, pois, conforme afirma JÉDISON DALTROZO MAIDANA, “a coincidência genética deixou de ser o ponto fundamental na análise dos vínculos familiares”.²¹

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Quem é o pai?* Revista Brasileira de Direito de Família, nº 15, ref. Out/Dez de 2002, Porto Alegre: Síntese. *Apud* MAIDANA, Jédison Ronei Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética (não publicado)

O afeto é um dado da paternidade socioafetiva que revela o caráter relativo da paternidade biológica, cuja descoberta pode, até mesmo, vir a ser sacrificada em respeito ao melhor interesse da criança, que preside todos os critérios atuais em tema de filiação e paternidade. Tal relatividade, todavia, não significa dizer que a dimensão do vínculo de afeto entre pais e filhos afasta a verdade genética.

Para os defensores da paternidade biológica, há várias faces da paternidade, mas a instituição de mais um modelo não exclui que a paternidade seja, antes de tudo, biológica, haja vista a importância da busca da origem para a formação do vínculo cognaticio, qual seja, fundado na igualdade de sangue.

“Esse vínculo de sangue é considerado, ainda hoje, o padrão e continua sendo um dos elementos definidores da qualificação jurídica da pessoa, do seu estado, do *status* de cidadão, no qual se apóia a investigação de paternidade”.²²

O Direito de Família tem passada por grandes mudanças e no que se refere a paternidade, parte da doutrina, mais modernamente, passa a defender a tese da desbiologização da paternidade ao argumento de que para além de um vínculo biológico, “a verdade que a Justiça tem de proclamar não é a que decorre do sangue, que corre nas veias, mas dos sentimentos, dos brados da alma, dos apelos do coração”.²³

A filiação socioafetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente, garante a estabilidade social. “A posse do estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva”.²⁴

Para os defensores da desbiologização da paternidade, a vinculação socioafetiva prescinde da paternidade biológica e “a coincidência genética deixou de ser o ponto fundamental na análise dos vínculos familiares”.²⁵

O tema é polêmico, posto que ao conceder ao filho o direito imprescritível de buscar a verdade quanto à sua filiação, a Magna Carta e o ECA erigiram a verdade biológica da filiação como sendo a que deve ser buscada pela Justiça.

²² RIBEIRO, Eduardo. Entrevista *Tribuna do Direito*. São Paulo, p. 11, set. / 1999.

²³ ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

²⁴ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade*. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Art. *Quem é o Pai?* Revista Brasileira de Direito de Família, nº 15, ref. Out-Dez 2002. Porto Alegre: Síntese. *Apud* MADAINÉ, Jédison Ronei Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética* (não publicado)

CONCLUSÃO

Embora CHIOVENDA, em 1905, tenha dito que, “em caso julgado, pouco restava por dizer que não fosse inútil, em matéria de investigação de paternidade, a coisa julgada material deverá ser repensada, pois estamos frente a um direito natural e constitucional de personalidade, que faz parte do princípio da dignidade humana, elevado à categoria de fundamento da República do País (art. 1º, inciso III, da CF), sendo indisponível, inegociável, personalíssimo, constituído de interesse público.

É conclusivo que a regra da coisa julgada nas investigações de paternidade valia para o tempo em que inexistia prova segura da filiação, e, por isso, dependente de ficções. Hoje não pode ser mantida diante da verdade que o exame de DNA permite chegar pelos elevados índices de probabilidade que atinge.

Relativizada a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, é o caso de se oportunizar o reexame dos casos daqueles que buscam o Poder Judiciário na ansiedade de verem esclarecida, extirpada de dúvidas, a sua origem biológica ou a certeza da paternidade que lhe foi atribuída, em casos de ações negatórias da paternidade.

A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. No início do terceiro milênio, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição do judiciário justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica seria toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, é imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida.

A “coisa julgada” não pode servir para coroar o engodo e a mentira. Rigores formais, historicamente justificados por anseios rotineiros de segurança, precisam de ser revistos e flexibilizados. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real.

Logo, não faz coisa julgada material a investigação de paternidade onde não foi realizado o exame de DNA; somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, especialmente exame genético de DNA. Sem tal prova

qualquer sentença que declara a paternidade é vulnerável. Operando-se, entretanto, a coisa julgada material naqueles casos em que é impossível a realização do exame genético de DNA, desde que produzidas as demais provas.

É imperativo que se proclame a **relativização da coisa julgada** para ter aplicação em todos os casos de ação de Investigação de Paternidade julgados procedentes ou improcedentes sem a realização do exame genético de DNA.

As decisões nesse sentido, começam a surgir e nos serve de paradigma, entre outras, a da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70002610012, julgada em 12.09.2001:

“ 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 é justamente o da segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo com um dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, disposto no art. 1º, inciso II, da sua Constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana. O direito à identificação está ligado à 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.”

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, DANDO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR FALTA DE PROVAS – ARGUIÇÃO DE COISA JULGADA – REJEIÇÃO – A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. (TJMG – Ap. 000.247.666-1/00 – 1º C.Cív. – Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque – DJMG 26.09.2002)”

Induvidosamente, conforme se depreende da leitura das ementas, o instituto da coisa julgada restou relativizado nas ações de investigação de paternidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na Investigação de Paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 1ª Ed. 2000.
- OLIVEIRA FILHO, Bartolo Mateus de. *Alimentos e Investigação de Paternidade*. Belo Horizonte: Dfel Rey, 1993
- CARNELUTTI, Francesco. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, *Instituições de Processo Civil*, 1º Vol. – São Paulo: Classic Book, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol. – Ed. Saraiva, São Paulo, 1978
- SIMAS Filho, Fernando. *A prova na investigação de Paternidade*. 7ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999
- WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de Paternidade Sócioafetiva*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 6, p.50. Porto Alegre: Síntese/2000.
- LUTOFO, Renan. *Paternidade: Questões Pertinentes à Investigação e à Negação de Paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 11, p. 46, Porto Alegre: Síntese/2001.
- MARQUES, José Carlos Malta. *Ação Negatória de Paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 10, p.47, Porto Alegre: Síntese/2001.
- WOLF, Karin. *Ação Rescisória – Investigação de Paternidade – Exame de DNA*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 10, p.58, Porto Alegre Síntese/2001
- WELTER, Belmiro Pedro. *Exame de DNA: Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Condução Coercitiva do Investigado na Produção do Exame*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 12, p. 5, Porto Alegre: Síntese, 2002.
- FURTADO, Alessandra Morais Alves de Sousa e. *Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: Quando a Verdade Vem à Tona*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, p. 13. Porto Alegre: Síntese/2002
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *Prazo para Impugnar a Paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, p. 24. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Investigação de Paternidade – Um alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº13, p.85. Porto Alegre: Síntese/2002.

DIAS, Maria Berenice. *Quem é o Pai?* Revista Brasileira de Direito de Família, nº 15. p.5.
Porto Alegre: Síntese/2002

GODOY, Luciano de Sousa. *Investigação de Paternidade Renovada*. Revista Brasileira de Direito de Família. nº 16. Porto Alegre: Síntese/2003

MADALENO, Rolf. "A coisa julgada na investigação de paternidade", in *Grandes Temas da Atualidade de DNA*, coord, Eduardo de Oliveira Leire, Rio de Janeiro: Forense/2000.