



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

UNIVERSIDADE SALVADOR

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Bruno Barros dos Santos¹

Sara Silva de Carvalho²

Yuri Santos Santana Barberino³

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Da ação de reconhecimento de paternidade; 3 Da coisa julgada; 3.1 Regime jurídico da coisa julgada material; 3.2 Efeitos da coisa julgada; 3.3 Relativização da coisa julgada; 4 Dos bens jurídicos conflitantes; 5 Conclusão; Referências

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar a problemática relativa à existência de coisa julgada em ação de investigação de paternidade e, posteriormente, com o avanço da tecnologia e advento do exame de DNA, demonstra-se que o réu na referida ação não é o pai biológico do autor, analisando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando da ponderação dos bens jurídicos em jogo.

Palavras-chave: Ação de investigação de paternidade; Coisa julgada; Exame de DNA; Negação da paternidade.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em comento visa analisar a problemática relativa à manutenção da coisa julgada na ação de investigação de paternidade ante à atual acessibilidade e precisão

¹ Acadêmico de Direito do 5º Ano Noturno da Universidade Salvador. Vencedor do prêmio Mérito Acadêmico 2009.

² Acadêmica de Direito do 5º Ano Noturno da Universidade Salvador.

³ Acadêmico de Direito do 5º Ano Noturno da Universidade Salvador.

científica do exame de DNA quando este vai de encontro ao quanto decidido na referida ação.

Para tanto, será inicialmente exposta a importância da ação de investigação de paternidade como meio processual idôneo a efetivar o direito da pessoa de saber sua origem, notadamente no atual paradigma de valorização da família como ambiente de concretização da personalidade de cada um de seus membros.

Em seguida, tratar-se-á do instituto da coisa julgada, garantia essencial à efetivação do direito fundamental à segurança jurídica que possibilita a estabilização das relações sociais através do encerramento definitivo dos conflitos.

Por fim, analisar-se-á qual dos bens jurídicos de significativa relevância acima evidenciados prevalecerá quando da ponderação dos interesses em jogo.

2 DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNALIDADE

A figura do pai possui uma extrema importância no seio familiar, sendo a ele atribuído o papel de sustento do lar, arcando com os custos domésticos, enquanto que à esposa era atribuída a função de educação dos filhos e cuidados da casa.

Diante na nova conjuntura da sociedade moderna, houve uma maior aproximação entre os papéis materno e paterno, passando ambos, em comum acordo, a tomarem as decisões do lar, além de dividirem a responsabilidade da criação, educação e sustento dos filhos.

A Constituição Federal de 1988 afastou qualquer discriminação filiatória, podendo se investigar amplamente a paternidade. O princípio da proteção integral e da igualdade substancial entre os filhos afastam qualquer impossibilidade de se reconhecer o vínculo paternal.

Maria Berenice Dias (2009) utiliza a expressão “investigação de parentalidade” para ampliar o foco da análise, ao considerar que também é possível a busca do reconhecimento da mãe biológica através do Judiciário, em virtude dos grandes

avanços tidos na campo das Ciências. No entanto, iremos nos restringir à investigação de paternidade em si.

A ação de investigação de paternidade visa o reconhecimento compulsório dos filhos não submetidos à presunção *pater is est*. O estado-juiz, através de sentença, reconhece coativamente o vínculo parental, em face do suposto genitor ou seus herdeiros, com o objetivo de regularizar o *status* familiar e atribuir ao filho-reconhecido os consectários lógicos da perfilhação, tanto pessoais quanto patrimoniais, como o direito a alimentos, nome, qualidade de herdeiro necessário, etc. (FARIAS; ROSENVALD, 2010)

A ação de investigação de paternidade é imprescritível, irrenunciável e inalienável. Entretanto, algumas distorções legislativas podem ser encontradas. O artigo 1.614 do Código Civil de 2002 estabelece que o filho menor poderá impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação.

Tal prazo denota um terrível paradoxo: aquele que possui um *locus* vazio na certidão de nascimento pode tentar obter o reconhecimento de paternidade a qualquer momento. Em contrapartida, aquele que, independentemente da sua vontade, teve seu reconhecimento feito por quem não é seu genitor não poderá lançar mão de tal medida para questionar o vínculo parental.

A posse de estado de filho que gera a paternidade socioafetiva não é argumento suficiente para afastar o direito ao uso da ação de reconhecimento de paternidade, buscando-se o direito ao reconhecimento da verdade biológica.

Nesse sentido, a sentença declarará apenas a ascendência genética caso comprovado que o autor goza da condição de filho afetivo frente ao pai registral. O elo afetivo sobrepõe-se ao elo biológico. A sentença de procedência não irá desconstituir a filiação jurídica ou socioafetiva. O que se está albergando, nesses casos, é o direito da personalidade de conhecer a ascendência biológica (DIAS, 2009).

Com relação aos filhos maiores, o reconhecimento da paternidade necessita da sua concordância. Aos menores não há este requisito. É por isso que, ao atingir a maioridade ele terá o prazo supra citado para repudiar a paternidade, sem haver a necessidade de expor os motivos, razões ou fundamentos de tal negativa.

O afeto, em crescente escala de importância na atual conjuntura da sociedade moderna, tem o condão de gerar a filiação socioafetivo, traduzindo-se esta não no fato biológico do nascimento, mas em um contínua e duradoura situação de tratamento recíproco de pai e filho, com respeito recíproco.

Coloca-se em xeque a verdade biológica e as presunções jurídicas em favor de tão profundo vínculo intersubjetivo. Deste modo, há corrente doutrinária que sustente a possibilidade de se ingressar no Poder Judiciário com uma ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2010)

Na ação de investigação de paternidade, o filho pode lançar mão de todos os meios legítimos para provar a verdade dos fatos, como, por exemplo, prova testemunhal, fotos e exame de DNA. O pedido de realização do referido exame pelo filho gera a inversão do ônus da prova.

Desta forma, caso o suposto pai queira se escusar do reconhecimento do filho, deverá realizar o exame e este atestar a incompatibilidade entre os materiais genéticos coletados. Na hipótese de recusa à realização do exame, haverá uma presunção de paternidade, que em cotejo com o contexto probatório, poderá levar a procedência da ação.

A realização do exame de DNA possui algumas problemáticas. Primeiro porque necessita, imprescindivelmente, da participação do demandado para sua realização, não se podendo impor a ele a realização coativa da coleta do material, apesar de existir o dever de ambas as partes de colaborarem com a justiça e procederem com lealdade e boa fé (DIAS, 2009).

Outra dificuldade encontrada é o tempo de espera para a realização do exame. O custo da coleta e análise é elevado, submetendo aqueles que não possuem dinheiro para seu custeio, geralmente os beneficiários da gratuidade da Justiça, a longas filas de espera.

Por se tratar de uma ação de estado em que se busca identificar a filiação, a revelia não opera efeitos, devendo o filho produzir provas que fundamentem o livre convencimento do juiz.

Explicitadas as principais características da ação de investigação de paternidade, resta clara sua imprescindibilidade para concretização do direito fundamental ao reconhecimento da paternidade que é essencial para realização da personalidade e dignidade do ser humano, notadamente na atual proteção conferida à família, nos termos do art. 226 da CF/88.

3 DA COISA JULGADA

Quando uma determinada demanda é posta à apreciação do Poder Judiciário, após o transcurso do processo será proferida uma decisão que conterá uma norma jurídica individualizada que irá reger e disciplinar aquele determinado caso concreto.

Quando esta decisão judicial não for mais passível de recurso, seja porque esgotados ou por não terem sido utilizados adequadamente, encerra-se o debate, surgindo, então, a coisa julgada (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

O referido autor destaca que este instituto integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, com previsão no art. 5º, XXXVI, da CF/88⁴, assegurando ao jurisdicionado a definitividade e o respeito à decisão que julgou a sua demanda, impedindo posterior rediscussão ou alteração da mesma. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 598) assevera:

É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo. Tão grande é o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

⁴ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Deve-se perceber que o instituto da coisa julgada não busca ontologicamente a verdade real, muito menos se constitui numa ficção ou presunção legal de verdade. O objetivo desta garantia constitucional é estabilizar as relações sociais e as decisões judiciais, pondo fim aos conflitos postos à apreciação jurisdicional (MARINONI; ARENHART, 2008).

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 21 – 22) asseveram que:

A coisa julgada é instituto cuja função é de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas [...]. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

Ao se analisar a coisa julgada, pode-se compreender tal instituto no seu aspecto formal e material. A coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual relativo a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida⁵, pois contra ela não cabe mais nenhum recurso (THEODORO JÚNIOR, 2007).

De certa forma, a coisa julgada, no seu viés formal, acaba, na prática, se confundindo com a irrecorribilidade da decisão, sendo a preclusão máxima dentro do processo, conhecida como “trânsito em julgado” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Já a coisa julgada material é a imutabilidade da decisão dentro do processo em que foi proferida e em qualquer outro, irradiando seus efeitos para fora do processo. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem (2008, p. 642):

Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto em relação a outros feitos judiciais, o campo é da *coisa julgada material*, que aqui realmente importa e constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de *coisa julgada formal*.

Não se pode perder de vista, como bem assevera Nelson Nery Jr. (2004), que a coisa julgada formal é pressuposto para formação da coisa julgada material. Pela sua maior relevância para o presente estudo, o foco maior será dado à coisa julgada material e, daqui para frente quando se referir à coisa julgada, deve ser entendida esta no seu aspecto material.

⁵ Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 295) afirma de forma clara que a: “Coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual”

Para que se configure a coisa julgada, faz-se necessário o preenchimento de alguns pressupostos, quais sejam: 1) que a decisão proferida seja jurisdicional; 2) seja decisão de mérito (arts. 269 e 468 do CPC); 3) que haja cognição exauriente; 4) que não seja mais passível de recurso (DIDIER JR., 2008).

Ademais, para que se reconheça a existência da coisa julgada, deve-se observar os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, pois eventual objeção de coisa julgada só será deferida se for reconhecida as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. (MARINONI; ARENHART, 2008)

3.1 REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA MATERIAL

Ao se abordar a questão da coisa julgada, necessário perceber que este instituto possui um regramento específico, através do qual se extrai o seu modo de produção, bem como os seus limites subjetivo e objetivo.

Com relação ao limite objetivo, este se refere à parte da decisão que será abarcada pela coisa julgada. Há que se perceber que toda decisão judicial possui três elementos principais, quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo, conforme preceitua o art. 458 do CPC.

Destes elementos da decisão, apenas a parte dispositiva se submete à coisa julgada, pois é neste ponto que se localiza a norma jurídica individualizada que irá reger o caso concreto posto à apreciação jurisdicional. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009)

Nesse sentido, destaca-se o art. 469 do CPC que esclarece que os motivos utilizados como fundamento da decisão ou de forma incidental não farão coisa julgada. Insta constar que caso o contexto fático seja alterado, será possível veicular uma nova pretensão com base em nova causa de pedir, não havendo que se falar em prévia existência de coisa julgada, notadamente pela cláusula *rebus sic stantibus*.

A sentença espelha os fatos e o direito que serviram como seus fundamentos, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, modificada estará a causa de pedir, e por consequência a ação. Em outros termos: a alteração das circunstâncias de fato constitui alteração da causa de pedir, formando outra

(nova) ação e abrindo ensejo a outra (nova) coisa julgada. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 657)

Com relação ao limite subjetivo da coisa julgada, percebe-se que, em regra, a coisa julgada só vincula as partes do processo, como bem determina o art. 472 do CPC. Tal restrição é importante, pois foram as partes que participaram ativamente durante o *iter* processual para formação da decisão, em obediência ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, notadamente em seus aspectos substanciais.

Em alguns casos, pode ocorrer a coisa julgada *ultra partes* que irá estender seus efeitos para além dos sujeitos que atuaram no processo, atingindo determinados terceiros. Um exemplo desta situação são os casos de substituição processual, sendo atingido pela coisa julgada as partes e o terceiro substituído (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Os referidos autores destacam a existência da coisa julgada *erga omnes* cujos efeitos irão se irradiar para todos os jurisdicionados, tenham ou não participado do processo. Tal situação ocorre, por exemplo, nos julgamentos de ações relativas a controle concentrado de constitucionalidade e relativas a direitos difusos ou individuais homogêneos (art 103, I e III do CDC).

Com relação ao modo de produção, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009) destacam que há três tipos diferentes de coisa julgada, quais sejam, *pro et contra*; *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes*.

Em regra, a coisa julgada é *pro et contra*, sendo formada independentemente do resultado da causa, seja a decisão pela procedência ou não do pedido veiculado na inicial.

Entretanto, existem situações em que a coisa julgada será *secundum eventum litis*, só se formando se a decisão for de procedência do pedido veiculado na inicial. Em caso de julgamento improcedente, não haverá formação da coisa julgada, sendo possível que a demanda seja novamente proposta.

Critica-se tal situação, haja vista que se a decisão for favorável ao réu, nunca se formaria a coisa julgada, criando uma situação extremamente desconfortável para o

pólo passivo do processo, sendo um regramento de questionável constitucionalidade, tendo em vista a segurança jurídica e a igualdade.

Há ainda casos em que a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, só se concretizando se houver esgotamento das provas. No caso de improcedência por insuficiência de provas, não se formará a coisa julgada, sendo possível nova discussão da causa.

3.2 EFEITOS DA COISA JULGADA

Após se operar a coisa julgada, emergem três principais efeitos: 1) efeito negativo; 2) efeito positivo; 3) eficácia preclusiva da coisa julgada.

Com relação ao efeito negativo, este explicita que aquilo que foi julgado como questão principal em um processo não poderá ser reintroduzido como questão principal de outro (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

O efeito positivo refere-se ao fato de que aquilo que foi resolvido como questão principal de um processo deve ser considerado pelo magistrado se for reintroduzido como questão incidental de outro.⁶

Já a eficácia preclusiva, art. 474 do CPC, está relacionada ao fato de que uma vez transitada em julgado a decisão, tornam-se irrelevantes todos os argumentos que as partes poderiam ter trazido a seu favor, mas não foram veiculados.

Insta constar que qualquer nova ação tendente a diminuir os benefícios concretos advindos de decisão judicial anterior transitada em julgado, deve ser refutada por ofensa à coisa julgada. (MARINONI; ARENHART, 2008)

⁶ Importante apresentar exemplo bastante elucidativo trazido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 649): “[...] se em uma primeira demanda é reconhecido o estado de filho do autor frente ao réu, não poderá o juiz de ação seguinte (tendente a obter alimentos do pai reconhecido) negar essa condição ao demandante, sob pena de ofensa à coisa julgada.”

O CPC prevê alguns mecanismos para que a coisa julgada possa ser atacada e a causa seja revista, entretanto, foge aos limites do presente trabalho abordar todas estas hipóteses.

Todavia, vale destacar o art. 485 do CPC que estabelece os requisitos autorizadores do manejo da ação rescisória com finalidade de desconstituir a coisa julgada, obtendo-se o rejuízo da causa originária. O prazo para ajuízo desta ação é de dois anos do trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir.

3.3 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Há algum tempo, a doutrina processual tem abordado a questão da relativização da coisa julgada⁷, sendo possível modificar a decisão transitada em julgado sem o manejo da ação rescisória, notadamente quando a decisão for injusta ou inconstitucional, haja vista que a coisa julgada não pode prevalecer sobre a realidade. O exemplo bastante citado pela doutrina e que é objeto do presente estudo, é o caso do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade.

Candido Rangel Dinamarco (2005) é forte defensor da tese da relativização, destacando que não merecem a imunidade da coisa julgada as decisões cujo conteúdo enunciem resultados materialmente impossíveis, bem como aqueles que colidam com valores de elevada relevância ética, humana, social ou política, também amparados constitucionalmente.

Mesmo sendo defensor da relativização, o referido autor ressalta que as possibilidades de utilização desta teoria são excepcionalíssimas, pois deve haver um confronto de “aberrante” magnitude com a ordem constitucional para que se venha a afastar a autoridade da coisa julgada

⁷ Apenas para exemplificar alguns autores que tratam da questão: MARINONI; ARENHART, 2008; DIDIER JR., 2008; WAMBIER; MEDINA, 2003; NERY JR., 2004; entre outros.

Apesar de possuírem posicionamento diverso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008) destacam alguns pontos favoráveis à tese da relativização, defendendo que se deve observar os princípios da proporcionalidade e a instrumentalidade. Isto porque, ao se analisar o processo na sua perspectiva instrumental, deve o mesmo ser irradiado pelos ideais de justiça e adequação à realidade.

Além disso, a coisa julgada não deve ser avaliada como valor absoluto. O ordenamento possui outros valores de mesma hierarquia que também são merecedores de proteção, notadamente por estarem previstos na Constituição. De forma que, na análise do caso concreto, será necessária a ponderação através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009) destacam os problemas que podem advir da relativização da coisa julgada com base na injustiça, pois se acabaria criando uma cláusula geral de revisão da coisa julgada por meios atípicos e sem qualquer prazo específico, o que é de todo reprovável⁸. Os referidos autores ainda aduzem:

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve lhe ser assegurada uma solução definitiva, imutável para sua quizila. [...] Assumimos que não vemos com bons olhos um movimento que busca relativizar a coisa julgada por critérios atípicos. Não podemos compactuar com a idéia de uma “cláusula aberta de revisão de sentenças” em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 442 e 445)

Os referidos autores destacam que, apesar do seu posicionamento contrário à relativização da coisa julgada, entendem ser necessário repensar o instituto, com uma revisão das hipóteses de cabimento da rescisória, por exemplo. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 679) asseveram:

⁸ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 552) asseveram que: “A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida.” Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 598): “Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de *valorar* a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário.”

Ou seja, *de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente*. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *desconsiderada*. (destaques no original)

A questão da relativização da coisa julgada possui diversos meandros e vias de análise, mas cuja abordagem foge aos limites do presente trabalho, pelo que o estudo se restringirá à ponderação dos bens jurídicos conflitantes no caso da relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade.

4 DOS BENS JURÍDICOS CONFLITANTES

Como visto na primeira seção deste artigo, o direito ao reconhecimento da paternidade é judicialmente assegurado pela Ação de Investigação de Paternidade que antigamente solucionava o litígio através de meios probatórios não muito confiáveis, como a prova testemunhal (testemunho da representante do autor da ação dizendo ter havido a relação sexual com o réu) e a pericial que, em um primeiro momento, somente identificava grupos sanguíneos, servindo mais como prova de exclusão do de que identificação de parentesco genético (NICOLAU JR., 2004, p.31-32).

Com o passar dos anos, o sobredito meio judicial sofreu grande revolução com o advento do exame do DNA, pois a exatidão do resultado deste deu maior credibilidade às decisões definitivas de mérito transitadas em julgado nestas ações respaldando-se nesta nova prova pericial, pois o livre convencimento motivado do juiz pôde, finalmente, aproximar-se da verdade real geralmente almejada pelo processo civil, mas nem sempre atingida nos processos judiciais (MOURA e OLTRAMARI, 2005, p.54; CHAVES e ROSENVALDI, 2010, p.586).

Inegável a contribuição do exame de DNA para a solução dos conflitos relativos ao reconhecimento de paternidade. Todavia, no início, tal prova apresentou duas dificuldades, pois, de uma só vez, demandava a participação do suposto pai para sua

realização e um considerável investimento financeiro, face ao elevado valor do referido exame (NICOLAU JUNIOR, 2004, p.31-32; MOURA e OLTRAMARI, 2005, p.56-57).

Diante das dificuldades enfrentadas para realização do sobredito exame, muitos autores destas ações deixaram de realizar tal perícia, seja por não colaboração do demandado, seja por falta de condições financeiras para tanto, ensejando decisões judiciais pautadas em presunções, mera análise de fatos e suposições, face à fragilidade dos meios probatórios.

Com o passar dos anos, o uso reiterado do exame de DNA tornou esta prova mais acessível, embora ainda demande certa monta o que, às vezes, inviabiliza sua realização. O Estado, inclusive, através da Defensoria Pública, passou a disponibilizar tal exame para aqueles mais carentes, realizando mutirões com esta finalidade.

Nada obstante a benéfica revolução causada pela referida prova pericial no âmbito das relações familiares, o fato é que o exame DNA pode colocar em cheque decisões que se encontram acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Diz-se que o exame de DNA pode colocar em cheque a coisa julgada no sobredito caso, pois há a possibilidade de ocorrência do trânsito em julgado de uma ação de investigação de paternidade julgada procedente que tenha se respaldado em provas temerárias ou até mesmo na ausência de provas em sentido contrário e, posteriormente, quando da realização do referido exame pericial, restar constatada a inexistência de vínculo parental entre o autor e o réu, ou seja, restar comprovada a negativa da paternidade.

Não há dúvidas de que se o exame de DNA for feito dentro do prazo para a Ação Rescisória, esta será o meio adequado para se desconstituir a coisa julgada anteriormente aperfeiçoada. O problema ocorre quando a referida prova pericial é feita depois de expirado o referido prazo, surgindo os seguintes questionamentos:

- 1) Existe a possibilidade de ajuizamento de Ação Declaratória Negatória de Paternidade para efetivação do direito ao reconhecimento da paternidade?
- 2) Na colisão do instituto processual da coisa julgada com o direito fundamental ao reconhecimento da ancestralidade, qual deve prevalecer?

Esta é uma problemática possível de ocorrer que gera grande reflexão da doutrina, sendo ainda uma questão bastante controvertida (NICOLAU JUNIOR, 2004, 29-64; MOURA e OLTRAMARI, 2005, p.49-68).

No âmbito jurisprudencial, há decisões que preferiram a segurança jurídica e a estabilização das relações através da proteção da coisa julgada em detrimento da concretização do direito ao reconhecimento da paternidade real, conforme se verifica abaixo:

Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantia 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 portas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do CPC é liberadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado que se torne 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 precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito 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 está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

(STJ. REsp 107.248-GO. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ. 29.06.1998).

Por outro lado, há também decisões que cotejam os referidos bens jurídicos conflitantes, preferindo a concretização da verdade real objetivada na ação de investigação de paternidade, efetivando tal direito fundamental, reconhecendo a paternidade biológica atestada pelo exame de DNA à preservação de uma decisão transitada em julgado cuja coisa julgada recai sobre uma verdade jurídica, porém ficta e irreal, conforme julgados colacionados abaixo:

[...] I - Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o feticismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III – O STJ, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar o pronunciamento e orientação pretoriana.

(STJ. 4ª Turma. REsp 4.987-RJ. Reg. 90.0008966-2 – Ac. Por maioria. DJ. 28.10.1991)

[...] Considerando o atual estágio da ciência – que viabiliza a realização de exames genéticos (DNA) que afirmam ou excluem a paternidade com margem de segurança próxima ao absoluto -, é de se admitir a ação negatória de

paternidade, ainda que aforada quando já ultrapassado o prazo previsto no p. 3º do art. 178 do CC, notadamente quando, como na hipótese, à petição inicial foi acostado documento que comprova a esterilidade do autor.
(TJ/SC. 1ª Câmara Cível. ApCív 99.002588-8. Rel. Des. Newton Trosotto. DJ. 22.06.99)

Diante disso, cumpre analisar os bens que efetivamente entram em conflito na problemática aqui destacada para, ao final, com embasamento suficiente, chegar a uma possível solução.

Como visto, o problema ora trazido destaca a possibilidade de conflito entre o direito ao reconhecimento da paternidade e a proteção à coisa julgada face à revolução ocasionada pela acessibilidade e precisão do exame de DNA.

De um lado encontra-se o instituto da coisa julgada cujo objetivo-fim é a segurança jurídica, no sentido de estabilizar as relações jurídicas e garantir a segurança social, objetivos estes atingidos através da constituição da “*situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*” (TALAMINI, 2005, p.44).

Nesse sentido, Eduardo Talamini acertadamente pontua (2005, p.45-46):

[...] A situação jurídica que se constitui com o advento da coisa julgada não concerne ao direito material, mas ao processo. É a proibição de que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual e, ainda, a determinação de que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processos subsequentes para os quais o objeto do processo anterior funcione como questão prejudicial. Em ambos os casos, tratam-se de diretrizes cogentes para os órgãos da jurisdição e para o exercício das garantias jurisdicionais. Nesse sentido, a concepção ora exposta está mais próxima da teoria “processual” da coisa julgada.

De outro, encontra-se o direito constitucional personalíssimo, indisponível e imprescritível ao reconhecimento da paternidade cujas finalidades são: desenvolvimento da pessoa com dignidade, garantia da convivência familiar, princípio do melhor interesse da criança e proteção à família, consoante disposto nos arts. 226, p. 7º e 8º, e 227, caput, da CF e arts. 3º, 4º, 19, caput, 22 e 27 do ECA.

A prerrogativa de saber quem são seus ancestrais é um direito da personalidade que, segundo o ECA, não se pode dispor nem perder, nos termos do art. 27 do referido estatuto. Referindo-se ao citado direito, Maria Júlia Kaial Cury ao atualizar o livro de Munir Cury pontua (2008, p.128):

Direito personalíssimo, direito indisponível e direito imprescritível são as três normas essenciais do estado de filiação.

É direito personalíssimo porque inerente ao estado de filho. Não comporta subrogados, nem se trata de direito suscetível de ser exercitado por outrem (p. ex., por um dos netos), ou mesmo por um espólio.

[...] É direito indisponível, não comportando, assim, nenhuma negociação, inclusive transação (CC 1916, art. 1.035; CC 2002, art. 841).

E é igualdade imprescritível. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento de seu status familiae, assim como o genitor o dever de responder pelo seu dever.

Nos arts. 226, p. 7º e 8º, e 227, caput, a CF assegura a proteção à família, a convivência familiar e a dignidade do menor, demonstrando a preocupação constitucional com relação ao conhecimento e manutenção dos laços familiares.

Da mesma forma, os arts. 3º e 4º do ECA reiteram o direito do menor ao desenvolvimento com dignidade e o dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público de assegurar este direito. O ECA faz ainda referência ao direito do menor de preferencialmente ser criado e educado no seio familiar, em prestígio do direito à convivência familiar, estabelecendo de forma expressa o dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos, consoante arts. 19 e 22 do referido Estatuto (CURY, 2008, p.115-116).

De se ver, portanto, que enquanto de um lado encontra-se a proteção da coisa julgada, instituto legal que visa priorizar a segurança jurídica atribuindo definitividade às decisões judiciais já transitadas em julgado, como forma de estabilizar as relações jurídicas e prestigiar a autoridade das decisões judiciais, ainda que versem sobre uma verdade ficta, presumida; do outro, encontra-se o direito constitucional e personalíssimo ao reconhecimento da paternidade, manifestamente indisponível e imprescritível que garante a todos o direito de, a qualquer tempo, saber quem são seus pais, garantindo, assim, sua dignidade, a convivência familiar, em prestígio da verdade real, material.

Na hipótese de já existir decisão judicial transitada em julgado reconhecendo a paternidade de uma pessoa com base em outras fontes probatórias que não o exame de DNA e, quando da realização deste exame pericial, restar atestada a negativa de paternidade, demonstrar-se-á necessária a ponderação dos bens conflitantes.

No caso em análise, apresentam-se dois bens jurídicos de relevada importância e de igual previsão constitucional. Diante desta situação, partindo do pressuposto que

nenhum direito é absoluto, deve-se ponderar os valores em jogo de forma que nenhum deles seja anulado por completo, haja vista a necessidade de maximizar a efetividade das normas constitucionais.

Prevalendo a coisa julgada, o direito da pessoa ao reconhecimento de sua paternidade será anulado por completo, restando totalmente tolhido um direito que é dotado de imprescritibilidade, indisponibilidade, etc.

Por outro lado, ao fazer prevalecer o direito ao reconhecimento da paternidade ante a aquisição do exame de DNA que comprove com exatidão científica a efetiva paternidade da pessoa através de um novo processo (ação rescisória ou declaratória negativa de paternidade) a coisa julgada não será extirpada, mas apenas relativizada, pois uma nova coisa julgada irá surgir coadunando-se com a verdade material.

De se ver, portanto, que, no cotejo dos sobreditos bens jurídicos em colisão, mais razoável a prevalência do direito personalíssimo ao reconhecimento da paternidade real sobre a proteção do instituto processual da coisa julgada, sendo esta uma inequívoca hipótese de relativização deste instituto, face à relevância do direito que com ele colide.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO LEGAL (CC, ART. 240). PROVA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENEUTICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

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 de menor.

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

(STJ. REsp 4987/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/1991, DJ 28/10/1991 p. 15259)

Coadunando-se com o entendimento jurisprudencial acima transcrito, Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari (2005, p.59-60):

A atuação da vontade da lei e o interesse de toda a sociedade na composição dos conflitos não podem suplantar o interesse do menor em identificar os seus vínculos familiares, são estes interesses que, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, não se podendo impedir o livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação em face da temporária impossibilidade probatória ou, até, da negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento.

De forma complementar, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam (2010, p.653-654):

[...] As regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro com à Lex Mater, nem – o mais importante! – se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade. Pensar diferente é tráfegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta aérea, está a serviço da verdade e nos impõe usá-la.

[...] Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a propriedade sociedade e o ser humano. Deve se ponderar pelo princípio da proporcionalidade qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a segurança ou a justiça. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor justiça, pois sem ela não há liberdade qualquer.

[...] Desse modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema da coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.

De forma complementar, importa destacar que os registros públicos, inclusive o registro de nascimento onde consta a filiação da pessoa, prezam e regem-se pela verdade real, devendo atestar situação condizentes com a verdade fática, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1ª Turma. AgIn 2446-4/98 de 1999) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (ApCív 110881).

Na ponderação dos referidos bens prepondera o direito personalíssimo ao reconhecimento da paternidade sobre o direito à estabilização da lide, mas também pelo fato de que a segurança jurídica não pode prevalecer a qualquer custo, reconhecendo a definitividade de decisões judiciais já transitadas em julgado sem considerar a natureza da verdade formal sobre a qual a coisa julgada recai, pois a verdade material conhecida após a realização do exame de DNA deve prevalecer, ainda que isso signifique a desconstituição da coisa julgada, pois, neste específico caso, estar-se-á priorizando direito fundamental acima referido em detrimento da segurança jurídica e da proteção à coisa julgada.

Não é razoável impossibilitar o filho de buscar o reconhecimento da paternidade de seu verdadeiro pai simplesmente pelo fato dele já ter exercitado este direito em momento anterior, tendo o Judiciário atestado a paternidade de forma equivocada. Se a paternidade atestada pelo Judiciário não condiz com a realidade e isso resta comprovado pela negativa de paternidade através do exame de DNA, nada mais justo

do que possibilitar o ajuizamento de ação rescisória ou, na impossibilidade desta, de ação declaratória de negativa de paternidade.

Deve-se possibilitar, portanto, que o filho ajuíze ação rescisória para fins de desconstituir a coisa julgada anteriormente perfectibilizada ou, na impossibilidade jurídica de ajuizamento desta ação, face o decurso do respectivo prazo, tornar excepcionalmente possível o ajuizamento de ação declaratória de negativa de paternidade para o mesmo fim, tendo em vista a peculiaridade do direito material posto à apreciação do Poder Judiciário.

Cumpra registrar o posicionamento adotado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald na defesa de que é possível o ajuizamento direto de ação declaratória de negativa de paternidade sem que seja preciso ajuizamento de ação rescisória, sob o argumento de que se a ação filiatória anterior não exauriu todos os meios de prova capazes de identificar com precisão a paternidade ou não do réu não pode ser acobertada pelo manto da coisa julgada, posto que, nesta espécie de ação, o instituto da coisa julgada é regido pela técnica *secundum eventum probationes*, segundo a qual a formação da coisa julgada depende do resultado da produção probatória (2010, p.654-655).

5 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, conclui-se que:

1. A ação de investigação de paternidade visa concretizar o direito fundamental ao reconhecimento da paternidade que é essencial para realização da personalidade e dignidade do ser humano, notadamente na atual proteção constitucional conferida à família.
2. O instituto da coisa julgada integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurando ao jurisdicionado a definitividade e o respeito à decisão que julgou a sua demanda, impedindo posterior rediscussão ou alteração da mesma.

3. Atualmente se discute a manutenção da coisa julgada na ação de investigação de paternidade ante à atual acessibilidade e precisão científica do exame de DNA quando este vai de encontro ao quanto decidido na referida ação.

4. No caso analisado no presente artigo, constata-se a colisão de dois bens jurídicos de relevada importância e de igual previsão constitucional, demonstrando-se necessária a ponderação dos valores em jogo de forma que nenhum deles seja anulado por completo, haja vista a necessidade de maximizar a efetividade das normas constitucionais.

5. No cotejo dos sobreditos bens jurídicos conflitantes, mais razoável a prevalência do direito personalíssimo ao reconhecimento da paternidade real sobre a proteção do instituto processual da coisa julgada, sendo esta uma inequívoca hipótese de relativização deste instituto, face à relevância do direito que com ele colide.

6. Não é razoável impossibilitar o filho de buscar o reconhecimento da paternidade de seu verdadeiro pai simplesmente pelo fato dele já ter exercitado este direito em momento anterior. Se a paternidade atestada pelo Judiciário não condiz com a realidade e isso resta comprovado pela negativa de paternidade através do exame de DNA, deve-se possibilitar o ajuizamento de ação rescisória para fins de desconstituir a coisa julgada anteriormente perfectibilizada ou, na impossibilidade desta, face ao decurso do respectivo prazo, tornar excepcionalmente possível o ajuizamento de ação declaratória de negativa de paternidade para o mesmo fim, tendo em vista a peculiaridade do direito material posto à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

CURY, Maria Júlia Kaial. **Estatuto da criança e do adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais**. Coord. CURY, Munir. Malheiros: São Paulo: 9 ed, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDI, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

JUNIOR NICOLAU, Mauro. Investigação de paternidade procedente. Coisa julgada material. Prazo para a ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Qual prevalece? **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n.17, 2005, p.29-64.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n.21, 2005, p.49-68.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 4987/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 04/06/1991, DJ 28/10/1991 p. 15259. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=4987&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em 11out2010.

_____. REsp 107.248-GO. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ. 29.06.1998. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=A%E7%E3o+de+negativa+de+paternidade+DNA+coisa+julgada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 11out2010.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.