

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

### MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Quanto à matéria de fundo, tem-se que merece prosperar a irresignação.

O acórdão ora em análise reconheceu que, em razão de ter sido julgada improcedente, “por insuficiência de provas dos fatos alegados”, anterior demanda de investigação de paternidade ajuizada com fundamento na mesma relação pessoal supostamente havida entre a mãe do autor e o réu, impossível seria a propositura de outra ação, com idêntico objeto, dado o óbice intransponível representado pelo respeito à coisa julgada, outrora estabelecida naquele feito.

Manifestou-se, tal decisão, sobre a aplicação e a interpretação do artigo 468, CPC, pondo em causa o problema da coisa julgada em confronto com a existência de uma relação jurídica de Direito de Família, a saber, a paternidade. Embora o aresto não haja feito alusão explicitamente a esse constructo teórico, o Tribunal *a quo* fez-se valer da técnica de conflito entre princípios, tendo, de um lado, a segurança jurídica, e, do outro, a dignidade humana e a paternidade responsável.

Creio ser indispensável enaltecer a circunstância da desnecessidade da invocação da **dignidade humana** como fundamento decisório da causa. Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia *certa doutrina*, especialmente de Direito Privado, transformando a **conspícua dignidade humana**, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panacéia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. Não se pode esquecer o processo de deformação a que foi submetida a cláusula geral da boa-fé na jurisprudência francesa, a ponto de seu recurso excessivo implicar por fazer cair no descrédito essa importante figura jurídica. Nesse ponto, estou acompanhado de autores como **João Baptista Vilella** e Antonio Junqueira de Azevedo. Cito, a propósito, excerto de lição do primeiro:

“Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no

imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura.” (VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina*. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 559-581, 2009. p. 562).

Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado, “*um tropo oratório que tende à flacidez absoluta*”. E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa *principiolatria* sem grandes freios.

Voltando-se ao ponto central da controvérsia, convém destacar alguns aspectos ligados à evolução histórica do conceito de paternidade.

O jurista português **Guilherme de Oliveira** (**Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade, 1983. p. 12 e ss) descreve que sempre foi um problema teórico (e prático) a opção entre as ficções jurídicas ligadas ao reconhecimento da paternidade e seu exame fático *in concreto*. Decidiu-se, segundo ele, após longas discussões nos trabalhos preparatórios do *Código Civil* francês de 1804, em favor da ficção.

Seria, conforme o ensinamento de **François Laurent**, “*um último favor que a lei concede à legitimidade (...) O legislador prefere esta ficção que não prejudica ninguém, já que ninguém a contesta, à realidade, porque proclamar a realidade seria castigar inutilmente o filho*”.

Em grande medida, esse problema da estabilidade das relações jurídicas, no subconjunto específico da paternidade, ligava-se a três fatores historicamente delimitados: a) o nível ainda elementar de desenvolvimento das Ciências Naturais, o que tornavam os questionamentos em torno da paternidade absolutamente débeis no campo probatório; b) a facilidade com que se resolviam os casos levados aos tribunais pelo critério das presunções *iuris*; c) os níveis diferenciados de filiação, que se conectavam com a estrutura familiar binária (legítima-ilegítima), que perdurou nas sociedades ocidentais por séculos.

Especificamente no que se refere ao problema da discriminação entre os filhos, é de ser feita uma justiça histórica. **Clóvis Beviláqua**, na concepção do projeto de Código Civil de 1916, não compactuava com a estrutura familiar arcaica, muito menos com as formas diferenciadas de qualificação dos filhos. Ao escrever sobre o conceito de família, anotou o eminente civilista que:

“A forma igualitária actual, se não é a mais forte e se espera modificações do tempo para accentuar-se melhor, é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer às necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão à vida physica, economia e moral do indivíduo.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa e Filhos Editores, 1903. p. 9)

O princípio da isonomia sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, desde a Imperial Constituição de 1824 até a vigente Carta de 1988. Rigorosamente, quaisquer normas que estipulassem elementos discriminatórios entre os filhos estariam em franca dissonância com esse primado constitucional *ab ovo*.

Em termos legislativos, porém, essa diferenciação existia, ainda que sob o protesto de alguns civilistas. Considere-se que, pelo regime instituído pelo Código Civil de 1916, o parentesco era qualificado como legítimo ou ilegítimo, segundo procedesse ou não de casamento e dentre os filhos ditos ilegítimos, havia a subdivisão entre naturais e espúrios, sendo certo que apenas os naturais poderiam ser legitimados, pelo subsequente casamento de seus genitores.

Além disso, impossível se mostrava o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, sendo igualmente vedadas ações de investigação de paternidade contra homens casados, bem como de maternidade, se tivesse por fito atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira.

Com a outorga da Carta Constitucional de 1937, previu-se, em seu artigo 126 a equiparação entre os filhos legítimos e os naturais, facilitando a esses o reconhecimento, e estendendo-lhes, ainda, os direitos e deveres que em relação aos filhos legítimos, incumbem aos pais.

Mais tarde, com a edição do Decreto-Lei nº 4.737/42, foi permitido o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite e a Lei nº 883/49 permitiu tal ato após a dissolução, por qualquer modo, da sociedade conjugal.

A chamada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) permitiu a qualquer dos cônjuges, ainda na vigência do matrimônio, reconhecer filho havido fora desse, o que deveria ser feito por meio de testamento cerrado.

A Lei nº 7.250/84 veio a possibilitar o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, em ação de investigação de paternidade, desde que os cônjuges estivessem separados de fato há pelo menos cinco anos.

Essas mudanças implicavam um giro copernicano em um dos três fundamentos do apego histórico às presunções de paternidade. Ao tempo em que a lógica binária do legítimo-ilegítimo enfraquecia-se no Direito de Família, eram também deixados de lado os cômodos recursos às presunções e à verdadeira camisa-de-força em torno da *imutabilidade do estado de paternidade*. Se era possível a um homem tornar-se pai, de um dia para o outro, após sua morte ou, em tempos mais recentes, depois de findo o vínculo conjugal, quebrasse um vórtice do sistema clássico. E abre-se margem para a pergunta: *seria esse homem um pai somente após o reconhecimento jurídico de sua condição ou esse status seria coevo ao próprio nascimento do filho?*

É evidente que a paternidade era conatural à concepção, desde que posteriormente confirmada com o nascimento com vida. Mas, o reconhecimento jurídico – ainda que pósteros – implicava a **aceitação da perturbadora ideia de que o Direito só serviria para tingir de jurídico, como gostava de referir Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o que já o era de facto.**

Peço, agora, o auxílio de **Machado de Assis**, autor de outros tempos, mas eterno em sua literatura, para descrever, em outra linguagem, o que tento demonstrar em terminologia jurídica.

No romance, **Helena**, ele descreve, no primeiro capítulo, a morte do conselheiro Vale, “*de apoplexia fulminante*”. A personagem deixa um testamento, que vai ser aberto por seu amigo, o Dr. Camargo. Provavelmente sabedor de seu conteúdo, ele pergunta aos familiares: “*Sabem o que estará aqui dentro? Disse enfim Camargo. Talvez uma lacuna ou um grande excesso.*”

A família tentou decifrar a razão dessas palavras. E isso só foi efetivamente compreendido quando da abertura do testamento cerrado. E cito **Machado de Assis**, nesse ponto:

“Um disposição havia, porém, verdadeiramente importante. O conselheiro declarava reconhecer uma filha natural, de nome Helena, havida com D. Ângela da Soledade. Esta menina estava sendo educada em um colégio de Botafogo. Era declarada herdeira da parte que lhe tocasse de seus bens, e devia ir viver com a família, a quem o conselheiro instantaneamente pedia que a tratasse com desvelo e carinho, como se de seu matrimônio fosse.”

Eis que uma pessoa, existente e real, era *transubstanciada juridicamente* após um ato de vontade, um negócio jurídico testamentário, de eficácia superveniente. Lanço aqui um

questionamento prévio: *haveria alguma diferença se a intervenção do Direito se operasse por uma sentença que, também de modo ulterior, admitisse a entrada no plano jurídico de um requisito qualificador de um elemento do plano da existência?*

Volte-se à leitura jurídica do caso sob análise.

A Constituição Federal de 1988, com a norma de seu artigo 226, § 7º, consolidou essa evolução histórica e, finalmente, resolveu uma incoerência interna existente na ordem jurídica pretérita, que não dava plena expansão ao princípio da igualdade, ao menos no que toca a seu efetivo reconhecimento. Essa norma constitucional dissipou qualquer dúvida sobre a plena igualdade entre as diversas categorias de filhos, outrora existentes, vedada qualquer designação discriminatória que fizesse menção à sua origem.

O artigo 226, § 7º, CF/1988, também teve o mérito de destacar explicitamente a paternidade responsável, como que a reforçar o entendimento de que esse é um dos nortes que sempre deverão pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares.

Aliás, quanto à paternidade responsável, deve ser destacada a importância que se lhe atribui a doutrina, servindo-me, para exemplificar, do seguinte excerto da obra de **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, a respeito do tema:

*“O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana, a partir da concepção e do nascimento do filho”* (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454).

Por essa razões, intolerável se mostra a possibilidade de que o ato, voluntário ou não, de gerar um novo ser humano, possa vir despido de consequências outras para quem assim procede, tendo por destinatário exatamente o novo ser assim gerado

Seguiram-se inúmeras outras mudanças normativas, gradativamente efetuadas, para a devida adequação de nossa legislação ordinária ao texto constitucional, merecendo destaque, porque diretamente relacionado ao tema aqui ora em debate, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, imprescritibilidade essa, de resto, que já era reconhecida por esta Suprema Corte há muito tempo. Deve-se aqui rememorar a existência de Súmula a respeito do tema, de nº 149, aprovada na sessão plenária do dia 13/12/63 e que dispõe, textualmente, que: *“é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”*.

Em certa medida, é o que já defendia a melhor doutrina, ao exemplo de **Regina Beatriz Tavares da Silva** (Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. In **Revista de Direito Privado**, v. 1, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2000):

“No entanto, a idéia de que a sentença que julga improcedente o pedido de reconhecimento faz coisa julgada somente formal mostra-se coerente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando esta lei atribui ao reconhecimento da filiação o caráter de direito personalíssimo e imprescritível, que pode ser vindicado sem restrições.

Se considerarmos que o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui eficácia de coisa julgada somente formal à sentença que não reconhece a paternidade, a questão sempre pode ser enfrentada, mais uma vez, perante os Tribunais.”

Este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer a magnitude e a importância do direito personalíssimo de que são dotados todos os seres humanos, de conhecer a verdade sobre sua origem biológica.

Tal ocorreu quando do julgamento, pelo Plenário desta Corte, do RE nº 248.869/SP, relatado pelo ilustre Ministro **Maurício Corrêa**, o qual, embora não dissesse respeito, especificamente, à matéria em debate nestes autos, encerra preciosas lições a respeito do tema aqui em discussão. Reproduz-se, por isso, sua ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação

*essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o **jus postulandi** a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido” (DJ de 12/3/04).*

E dadas as orientações que traz sobre relevantes aspectos da matéria litigiosa ora em discussão, também merecem reprodução alguns trechos de sua fundamentação, nesse que se constitui verdadeiro “leading case” desta Corte, a reconhecer e assegurar o direito personalíssimo de todo ser humano, ao conhecimento da verdade sobre sua origem biológica, *in verbis*:

*“Cuida-se, no caso concreto, do direito à investigação de paternidade. Oportuno lembrar, de início, que a Constituição Federal adota a família como base da sociedade, a ela conferindo proteção do Estado. Tem-se como entidade familiar não apenas a decorrente do casamento, mas também aquelas fruto da união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O planejamento familiar, embora livre, deve fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Daí ser vedada, de forma expressa, a discriminação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, e o reconhecimento de ser direito legítimo da criança saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º).*

*O estado da pessoa é uma qualificação jurídica que deriva da posição que os sujeitos ocupam na sociedade e da qual decorrem direitos e deveres, no ensinamento do mestre Orlando Gomes (“Introdução ao Direito Civil, p. 147, citada no parecer do MP à fl. 190). E mais, regula-se por dispositivos de ordem pública, pois a situação jurídica de cada*

*indivíduo interessa a toda sociedade. Esses preceitos não podem ser modificados pela vontade do particular. São “jus publicum”, “privatorum pactis mutari non potest”. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin, “a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ser declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal - uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal” (“Estabelecimento da filiação e paternidade presumida”, Fabris Editor, 1992, p. 167, apud Belmiro Pedro Welter em “Direito de Família - Questões Controvertidas”, Ed. Síntese, 2000, p. 139/140).*

*Fundado em tais premissas, dispõe expressamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90):*

*“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.*

*A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública.*

*Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública sobrejacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade”. (É do Professor Milton Sanseverino a lição de quando o interesse é regulado por uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública, vê-se logo, que o interesse por ela regulado há de ser indisponível, porque não depende, com exclusividade, da vontade de seu titular. Fica ele, portanto, como que vinculado em nome da utilidade maior e mais absorvente, que é a utilidade pública, ou como diz Ruggiero, pela utilidade universal da comunidade (RF 254/203) - Ac. no STJ-RESP nº 129.426, Waldemar Zveiter, DJ 23/03/98).*

*Está fora de qualquer dúvida, portanto, que o direito ao reconhecimento da paternidade tem conteúdo indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Há que se considerar, ainda, que a proteção à infância, que por óbvio alcança o direito à filiação, deve ser tutelado pelo Estado, até porque relacionado expressamente entre os direitos sociais (CF, artigo 6º), que segundo José Afonso da Silva “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (...) (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 12ª edição, 1996, p. 277).*

*O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. De qualquer sorte essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ser reconhecida, se for o caso, a paternidade (...).*

*O direito em debate está ligado à família, à proteção, dignidade e respeito à criança, bens amparados, como se sabe, pela Constituição, como dever do Estado e obrigação de toda a sociedade (CF, artigos 6º e 227), o que não apenas autoriza como recomenda a atuação do Ministério Público”.*

A importância daquele julgamento não pode ser negligenciada, por ter sido a primeira manifestação clara e explícita deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e por representar contundente tomada de posição quanto ao direito indisponível à busca da verdade real, no contexto de se conferir preeminência ao **direito geral da personalidade**.

Retomando o fio condutor da argumentação ora desenvolvida, a saber, da superação dos elementos a) legitimidade familiar (e da paternidade); b) apego às presunções e c) recusa a julgamentos baseados em provas tecnicamente frágeis, tem-se como traçar um paralelo com a introdução de novo elemento nessas questões: **o exame de DNA e o direito a ter acesso a um meio de prova conducente ao que os alemães têm denominado de direito fundamental à informação genética**.

A esse respeito, veja-se o tratamento que esta Corte dispensa ao dever do Estado em providenciar que os necessitados tenham acesso às técnicas de DNA, como forma de conhecer a verdade sobre sua origem genética, em ações de investigação de paternidade, citando-se, para ilustrar, a ementa do seguinte precedente:

*“Recurso extraordinário. Investigação de Paternidade. Correto o acórdão recorrido ao entender que cabe ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, oferecendo o devido alcance ao disposto no art. 5º LXXIV,*

*da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 207.732/MS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 2/8/02).*

E de sua fundamentação, igualmente representativa da preocupação da Ministra **Ellen Gracie** com a relevância do tema, destaque-se o seguinte trecho:

*“O Estado não pode se omitir em dar a maior eficácia possível a uma garantia tão importante ao Estado de Direito como a do acesso efetivo à prestação jurisdicional, principalmente aos mais carentes. Deve-se atentar para a importância social existente em uma ação de reconhecimento de paternidade, em que qualquer erro no julgamento poderá implicar sérios prejuízos, tanto para o investigando, quanto ao investigado, exigindo a precisão inerente ao exame de DNA, em nome da segurança jurídica”.*

Cumprido destacar, nesta oportunidade, a similitude fática da hipótese descrita nesse aludido precedente, com a situação retratada nestes autos, em que anterior ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, porque o autor da demanda, bem como sua representante legal (sua genitora), que litigavam sob os auspícios da gratuidade judiciária, não teve condições de arcar com os custos do exame de DNA, que seria de fundamental importância para o deslinde da controvérsia.

De fato, o prolator da sentença proferida na primitiva demanda ajuizada contra o recorrido, então observou que:

**“Requerida a prova pericial, pelo teste do DNA, instalou-se discussão incidental a respeito de haver, ou não, o requerido assumido do compromisso de participar dos seus custos, sabidamente elevados (US\$ 1.500,00, sem computar aí os honorários do perito). Ao final, inviabilizou-se a realização dessa prova – a que seria essencial e decisiva, dada sua precisão e segurança técnica atualmente - pela recusa do requerido e pela falta de condições financeiras do requerente (...) Lamentável, sob todos os aspectos, a impossibilidade de ter-se aqui, a prova pericial; sobretudo com a precisão hoje assegurada pelo DNA. Resta o consolo de, nestes e noutros tantos casos semelhantes, ficar a parte autora sempre com a possibilidade de, recorrendo, tentar ver o custeio de tal prova se viabilizar, para insistir na Justiça. Fica a esperança, também, e o apelo reiterado, de que o próprio Poder Público, no caso através do Egrégio Tribunal de Justiça, possa no futuro vir a assumir (mediante convênios, ou outra forma) esse ônus, perante uma população, via de regra, carente dos meios até para as despesas cartorárias, tanto mais para uma prova tão onerosa (...)” (folha 19).**

E para realçar ainda mais essa semelhança, merece transcrição parte do despacho saneador proferido nestes autos e que deu ensejo à prolação do acórdão ora em análise:

“A Carta Política de 1988, que já estava em vigor na época da propositura da ação de investigação de paternidade que tramitou perante o ilustrado juízo da 3ª Vara de Família desta Circunscrição Judiciária, prescreve, em seu art. 5º inciso LXXIV, no Capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o seguinte, *verbis*:

‘LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’; (sic grifei o texto).

Ora. A norma constitucional acima transcrita é de uma clareza de doer e a sua aplicação e efetividade não pode ficar à mercê dos aplicadores do direito e da lei, máxime porque se trata de uma norma de incedível alcance social. Desta forma, a hipossuficiência de recursos não pode, em hipótese alguma, constituir-se num óbice ao alcance de uma justa prestação jurisdicional, constituindo-se, numa inarredável obrigação do Estado – e o Magistrado tem o poder-dever de fazer cumprir a Constituição, mesmo porque presta este juramento quando por ocasião de sua investidura no cargo -, fornecer aos carentes os meios necessários para a justa composição da lide.

Noutros termos: não dispondo, a parte, das condições de suportar as despesas do exame DNA, cabe ao Estado fazê-lo. A gratuidade de justiça, é bom frisar, não se limita, apenas e tão somente, à isenção das custas processuais – muito baratas por sinal - . A gratuidade de justiça, implica na gratuidade de todas as despesas do processo, inclusive relativa à prova pericial.

(...)

Inadmissível afigura-se-me, isto sim, penalizar o cidadão, a parte, a pessoa, enfim, que tanto confiou na Justiça, pela incúria do Estado que não cuidou de, à época, proporcionar à parte os meios para a justa composição da lide.

E o pior: na hipótese em testilha penaliza-se a parte mais carente da relação processual; um adolescente, nascido aos 30-NOV-1981 (fl. 12), a quem a Constituição da República diz assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, enfim, a todos os direitos previstos no caput do art. 227 do texto constitucional.

Neste diapasão, negar o direito ao autor à tutela jurisdicional ampla e irrestrita, ao adolescente que busca um dos mais elementares direitos de todo e qualquer cidadão, que é o direito à filiação, é fazer pouco caso da norma constitucional, datíssima vênica.

De cediço conhecimento que hoje, em Brasília, Lei Distrital (Lei nº 1.097/96) dispõe quanto à obrigatoriedade do Estado em realizar o exame DNA

para as pessoas carentes. Esta Lei Distrital não existia à época da ação que tramitou perante o ilustrado Juízo da Terceira Vara de Família mas este fato não afasta a aplicação da norma constitucional acima lembrada.

(...)

Não bastasse tudo isto, ou seja, o aspecto meramente formal, favorável ao autor, porquanto, como por demais sinalado, não houve julgamento de mérito; a lide não restou composta; o Estado Juiz não resolveu, não solucionou o litígio; não afirmou se entre autor e réu há uma importantíssima relação jurídica: a de parentesco.

Ora. Estamos diante de uma ação de estado. Ação de importância inquestionável; a verdade processual real deve prevalecer sobre qualquer uma outra.

De nada adianta termos uma legislação favorável e protetora aos direitos da criança e do adolescente, a começar pela própria Lei Fundamental, se, no momento de fazermos valer estas leis curvamo-nos ao formalismo, às fórmulas frias de aplicação da lei. À criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, são assegurados o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, enfim, cabe ao estado e à família fazerem valer estes direitos insculpidos na Constituição Federal (art. 227 CF/88) e repetidos em diversas passagens no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, etc. da Lei nº 8.069/90).

Tenho para mim, com a devida vênia dos que pensam em contrário, que o acolhimento da preliminar de coisa julgada, na hipótese vertente, é fazer tabula rasa das normas constitucionais e doutros dispositivos de lei mencionados nesta decisão. E mais: numa época em que tanto se propugna por uma justiça social, acessível à sociedade, independentemente da condição social ou financeira do jurisdicionado, o acolhimento da preliminar afigura-se-me um retrocesso, com todo o respeito dos que pensam em contrário. O processo não é um fim em si mesmo; é apenas um meio; é o instrumento da jurisdição; é o meio de que se vale o Estado para compor os litígios. Uma sentença terminativa, como a proferida nos autos da ação de investigação de paternidade processada na Terceira Vara de Família, não solucionou o litígio. Vale dizer: naquele caso, o Estado não exerceu a função jurisdicional; não disse o direito. O processo encerrou-se de forma irregular; anômala. Porquanto, a forma normal de extinção do processo é a extinção com apreciação da matéria meritória acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor” (folhas 114 a 120).

Constata-se, portanto, que à semelhança do que obtemperou a Ministra Ellen Gracie, nos autos do recurso antes referido, no caso presente, mostra-se de todo conveniente

permitir-se a realização do exame de DNA, para que, com absoluta segurança, venha a ser proferida decisão judicial acerca da origem biológica do autor da demanda, anotando-se, por oportuno, que contava ele com menos de oito anos de idade, quando do ajuizamento da primeira demanda investigatória que aforou, representado por sua mãe, sendo certo que, atualmente, conta com mais de 28 anos de idade e ainda não obteve uma resposta cabalmente fundamentada, calcada em uma prova de certeza inquestionável, acerca de sua veraz origem genética.

Nessa conformidade, além de esparsas menções em precedentes já mencionados, transcreve-se o seguinte trecho de decisão monocrática, assim dispondo, da lavra do eminente Ministro **Cezar Peluso**, proferido nos autos da AC nº 2.182/DF, na qual, depois de dissertar sobre o respeito à garantia constitucional da coisa julgada, que entre nós consubstancia “*conspícuo direito fundamental (art. 5.º, inc. XXXVI)*”, asseverou Sua Excelência, que

**“esse direito fundamental à segurança jurídica não é, como todos os demais, absoluto, podendo ceder em caso de conflito concreto com outros direitos de igual importância teórica. Ora, somente em hipótese nítida de colisão entre direitos fundamentais é que se pode admitir, em tese, a chamada “relativização da coisa julgada”, mediante ponderação dos respectivos bens jurídicos, com vistas à solução do conflito”** (DJ-e de 12/11/08).

Embora esse *decisum* aluda à técnica de colisão de princípios, **a respeito da qual guardo reservas e só a tenho utilizado para demonstrar que, mesmo por essa via, se pode chegar a resultados simétricos**, é evidente que a ideia de coisa julgada como *topos* argumentativo isolado não se presta a resolver o problema do *direito fundamental à identidade genética*. Dito de outro modo, argumentar com a invocação pura e simples da coisa julgada, especialmente em matéria de suma relevância para a definição da personalidade, é o mesmo que se valer das antigas ficções jurídicas, tão úteis em tempos avoengos, de poucos recursos técnicos no campo das Ciências Naturais.

Pois bem. No caso ora em análise por esta Corte, entendo que, da forma como então destacada pelo eminente Ministro **Cezar Peluso**, que ora nos honra ocupando a Presidência desta Corte, há de se proceder à relativização da coisa julgada formada ao cabo da primeira ação de investigação de paternidade ajuizada contra o ora recorrido, para permitir que se prossiga no julgamento da segunda demanda com esse fito contra ele proposta, para que, agora, com a ampla possibilidade de realização da prova técnica que assegura, com um grau de certeza que se pode qualificar de absoluto, obter-se uma comprovação cabal acerca da eventual relação paterno-filial, que se alega existir entre as partes.

Em julgamento ocorrido ainda sob a égide da Constituição revogada de 1967, admitiu a 1ª Turma desta Corte que assim se procedesse, em um determinado caso concreto, ressaltando-se que o princípio da intangibilidade da coisa julgada igualmente constava do rol de direitos e garantias fundamentais consagradas por aquela Carta. Sua ementa assim dispõe:

*“DESAPROPRIAÇÃO. TERRENOS DA ATUAL BASE AÉREA DE PERNAMERIM, EM NATAL, RN. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE O STF TEM ADMITIDO NOVA AVALIAÇÃO, NÃO OBSTANTE, EM DECISÃO ANTERIOR, JÁ TRÂNSITA EM JULGADO, SE HAJA DEFINIDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, NÃO SE PODE ACOLHER A ALEGAÇÃO CONSTANTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE OFENSA, PELO ACÓRDÃO, DO ART. 153, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM VIRTUDE DO DEFERIMENTO DE NOVA AVALIAÇÃO DOS TERRENOS. O ARESTO TEVE PRESENTES FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DA CAUSA A INDICAREM A INJUSTIÇA DA INDENIZAÇÃO, NOS TERMOS EM QUE RESULTARIA DA SÓ APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA, A CONTAR DA LEI Nº 4.686/1965, QUANDO A PRIMEIRA AVALIAÇÃO ACONTECEU EM 1957. CRITÉRIO A SER SEGUIDO NA NOVA AVALIAÇÃO. DECRETO-LEI N. 3365/1941, ART. 26. QUESTÃO QUE NÃO CONSTITUI OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA UNIÃO. RELATIVAMENTE AOS JUROS COMPENSATÓRIOS, HAVENDO SIDO FIXADO, EM DECISÃO TRÂNSITA EM JULGADO, O PERCENTUAL DE 6% A.A., NÃO CABERIA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, ESTIPULAR SEU CÁLCULO A BASE DE 12% A.A. A INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE 6% A.A. DAR-SE-Á, A PARTIR DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. NESSE PONTO, O ACÓRDÃO OFENDEU O ART. 153, PARAGRAFO 3, DA LEI MAIOR. NO QUE RESPEITA AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTABELECIDOS EM QUANTIA CERTA, A VISTA DA PRIMITIVA AVALIAÇÃO, NÃO VULNERA O ART. 153, PARAGRAFO 3, DA CARTA MAGNA, O ACÓRDÃO, AO ESTIPULAR NOVO CRITÉRIO PARA SEU CÁLCULO, EM DETERMINADO NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL EXPROPRIADO. CONHECIMENTO, APENAS, EM PARTE, DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANTO AOS JUROS COMPENSATÓRIOS, PARA, NESTA PARTE, DAR-LHE PROVIMENTO” (RE nº 105.012/RN, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 1/7/88).*

Interessantes considerações sobre o tema também foram feitas quando do julgamento do RE nº 111.787 (DJ de 13/9/91), pela 2ª Turma desta Corte, partes delas, aliás, já transcritas nos autos, quando de seu processamento na primeira instância, mas que merecem complemento.

O relator designado para o acórdão, o eminente Ministro **Marco Aurélio**, assim se manifestou:

*“Senhor Presidente, no caso dos autos, eu poderia dizer que já temos três ‘lamentos’: o ‘lamento’ lançado pelo nobre Ministro relator perante o Superior Tribunal de Justiça, quando foi julgado o especial; o ‘lamento’ consignado no parecer do Ministério Público Federal, e, agora, há pouco, o ‘lamento’ também referido por v. Ex<sup>a</sup> ao prolatar o voto.*

*Aprendi, Senhor presidente, como Juiz, desde cedo, que toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a solução mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a conclusão a que chegou inicialmente. Encontrando esse apoio, como quer o Direito, torna translúcido o Direito no provimento judicial. Não encontrando, aí sim, lamenta e conclui de forma diametralmente oposta à solução idealizada.*

*O que temos no caso dos autos? Temos uma situação verdadeiramente teratológica; temos um provimento que se diz que é um provimento e, ao mesmo tempo, se nega essa natureza a ele; temos um provimento que repousa na premissa segundo a qual reflete a justa indenização de que cogita o artigo 153, § 22, da Carta anterior e, ao mesmo tempo, potencializa-se parte desse provimento para esvaziar-se por completo essa indenização. E por que assim se fez? Porque, simplesmente, diz-se que houve julgamento de embargos declaratórios e a justa indenização a que foi condenada a recorrida passou a estar sujeita ao fator tempo, passou a variar, quanto ao conteúdo econômico, de acordo com a tramitação do próprio processo e a demora dessa tramitação.*

*Indaga-se: o que está sendo, na hipótese, descumprido, senão a coisa julgada, no que decidiu realmente a lide, ou seja, concluiu pelo direito à verba indenizatória mais justa possível, como quer a Constituição Federal? (...)”*

No mesmo julgamento, assim se manifestou o Ministro **Carlos Velloso**, depois de citar lição de doutrina acerca da interpretação sistemática de princípios constitucionais:

*“Do exposto, parece-nos razoável concluir, resumindo, que, em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última.*

*Examinemos o caso dos autos.*

*Aqui, dois princípios constitucionais estão em choque: o que estabelece o respeito à coisa julgada (art. 153, § 3º) e a garantia de respeito ao direito de propriedade, tal seja o da justiça da indenização em caso de desapropriação (art. 153, § 22).*

*Qual dos dois haveria de prevalecer?*

*(...)*

*Respondo, agora, à indagação suso formulada.*

*Há de prevalecer, no choque entre os dois princípios, aquele que, de forma imediata, é garantidor do direito consagrado na Constituição e que, se não prevalecesse, tornaria letra morta a liberdade pública.*

*Por outro lado, acentue-se, o outro princípio em debate. O do art. 153, § 3º - que é uma garantia da segurança dos direitos subjetivos em geral - se prevalecesse, na hipótese, agiria de modo contrário à sua finalidade: impediria a efetivação do respeito a um direito individual, a uma liberdade pública.*

*Importa, destarte, construir, na espécie, para fazer valer o conteúdo teleológico ou finalístico da norma constitucional vista de forma sistematizada.*

*(...)*

*Tem-se, no caso, hipótese igual.*

*De um lado, uma sentença, passada em julgado, assim coisa julgada, a estabelecer uma 'situação teratológica', a consagrar confisco; de outro lado, o princípio constitucional que estabelece a justa indenização por expropriação de bem alheio. Há, pois, conflito entre dois princípios constitucionais. Qual dos dois deve prevalecer? Há de prevalecer, não tenho dúvida, aquele que, de forma imediata, garante o direito que a Constituição consagra e que, se não prevalecesse, tornaria inócua a liberdade pública. Prevalece, então, o princípio da justa indenização, certo que, se prevalecesse o princípio do respeito à coisa julgada, que é uma garantia da segurança dos direitos subjetivos em geral, estaria ele agindo de modo contrário à sua finalidade (...)."*

No âmbito de nossos Tribunais regionais e mesmo do Superior Tribunal de Justiça, a matéria não é nova, podendo ser encontrados inúmeros precedentes proferidos em casos similares, defendendo a relativização da coisa julgada, tal como ora proponho que se faça, neste caso.

Creio ser conveniente transcrever esses arestos, a despeito de esta Corte não se influenciar por decisões de órgãos que a ela se submetem ao crivo técnico-jurídico, pois eles demonstram o quanto se alastra o problema ora apreciado pelos juízos e tribunais do País. Essa circunstância faz com que se reforce a convicção de que o STF deve exercer sua função de uniformizar a interpretação do direito federal em conformidade à Constituição.

Assim, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, podem ser citados os seguintes prejudgados, proferidos em casos similares ao presente:

**“Tendo sido proposta ação de investigação de paternidade antes da entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei nº 9.943/98, que tornou acessível a todos o exame de DNA e tendo sido esta julgada improcedente por insuficiência de provas, não se pode impedir sua repropositura sob o fundamento de contra ela existir o manto da coisa julgada, uma vez que nenhuma regra processual pode ou deve impedir um filho de saber quem é seu pai”** (Apelação nº 242.534-4/7, da 1ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Laerte Nordi, j. 20/08/02).

**“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA - PRELIMINARES DE COISA JULGADA, PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR - REJEIÇÃO - AÇÃO QUE ENVOLVE DIREITO PERSONALÍSSIMO E IMPRESCRITÍVEL - APLICAÇÃO DA TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO”** (Agravo de Instrumento nº 445.862-4/3-00, da 2ª Câmara de Direito Privado, Relator o Desembargador Neves Amorim, j. 13/10/09).

**“Investigação de paternidade - Preliminar de extinção - Coisa julgada - Indeferimento - Em ações que envolvam direito personalíssimo, que são regidas pela regra "rebus sic stantibus", a coisa julgada deve ser mitigada - A época da ação anterior, sequer existia a possibilidade de realização do exame de DNA - Decisão mantida - Recurso improvido”** (Agravo de Instrumento nº 606.866.4/4-00, da 8ª Câmara de Direito Privado, Relator o Desembargador Joaquim Garcia, j. 17/6/09).

**"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Investigação de paternidade - Demanda anterior julgada improcedente, por ausência de provas, embora tenha reconhecido, expressamente, que a prova pericial realizada na época não havia excluído a paternidade — Propositura de nova ação — Decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da coisa julgada - Inconformismo - Relativização da coisa julgada em matéria de paternidade, posto ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível – Decisão mantida — Negado provimento ao recurso”** (Agravo de Instrumento nº 578.433.4/1, da 9ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Viviani Nicolau, j. 30/9/08).

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhem-se os seguintes precedentes:

**“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. AÇÃO ANTERIORMENTE JULGADA IMPROCEDENTE. INOCORRÊNCIA. 1. Mesmo que tenha sido proposta anteriormente outra ação investigatória, que foi julgada improcedente por falta de provas, pois, na época, ainda não havia o exame de DNA, constitui entendimento jurisprudencial pacífico no STJ que se trata de direito personalíssimo e que, em tal hipótese, a coisa julgada deve ser relativizada. 2. Mesmo acatando a orientação jurisprudencial dominante, tenho que a relativização da coisa julgada deve ser admitida sempre com reserva, com a máxima cautela, sob pena de se correr o risco de banalizar o instituto, gerando mais injustiça, insegurança e intranquilidade social. Recurso desprovido”** (Agravo de Instrumento nº 70029078813, da 7ª Câmara Cível, Relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30/9/09).

**“APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. AÇÃO ANTERIOR COM O MESMO OBJETO JULGADA IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS NÃO FAZ COISA JULGADA. EXAME DE DNA CONCLUINDO PELA PATERNIDADE**

(...)

**A improcedência de ação anterior de investigação de paternidade, não torna definitiva a inexistência da relação parental, não se confundindo com declaração de inexistência da própria relação de filiação, não opondo óbice à propositura de nova ação, não caracterizando e afrontando coisa julgada. Exame de DNA concluindo pela paternidade, ensejando fixação de alimentos em favor da menor investigante, em atenção ao binômio necessidade-possibilidade (...) NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO”** (Apelação Cível nº 70027403039, da 7ª Câmara Cível, Relator o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, j. 8/7/09).

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU A PRELIMINAR DE COISA JULGADA, AUTORIZANDO A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. EXISTÊNCIA DE DEMANDA INVESTIGATÓRIA INTENTADA ANTERIORMENTE PELO AGRAVADO, JULGADA IMPROCEDENTE. INEXISTÊNCIA DA PROVA PERICIAL PELO MÉTODO DNA, NA ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA PRIMEIRA DEMANDA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA ALUDIDA PROVA, DIANTE DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE SOCIAL EM INVESTIGAR A VERDADE SOBRE O ESTADO CIVIL DA PESSOA. CASO EXCEPCIONAL, EM QUE NÃO HÁ COISA JULGADA MATERIAL, EM VISTA DE QUE NÃO FOI PRODUZIDA DE MODO CABAL A PROVA NECESSÁRIA AO DESCOBRIMENTO DA REALIDADE EM ANTERIOR**

DEMANDA JUDICIAL, DE MODO A PERMITIR QUE A VERDADE VENHA À LUZ. DECISÃO AGRAVADA QUE, ADEMAIS, NÃO ATENTA CONTRA A COISA JULGADA, POR NÃO AUTORIZAR A REPETIÇÃO DE PROVA JÁ PRODUZIDA EM PROCESSO ANTERIOR, MAS A REALIZAÇÃO DE PROVA QUE NÃO FOI PRODUZIDA PARA O ESCLARECIMENTO DA VERDADE. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA” (Agravo de Instrumento nº 70022453955, DA 7ª Câmara Cível, Relator o Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 14/5/08).

No Superior Tribunal de Justiça, conquanto exista divergência a respeito do tema, a corrente que entende ser possível uma tal tomada de posição participou da prolação de importantes decisões sobre o assunto, merecendo, algumas delas, serem aqui destacadas:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (REsp. nº 226.436/PR, da 4ª Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02).

“Direito processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Inépcia da inicial. Ausência de mandato e inexistência de atos. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos. Negativa de prestação jurisdicional. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça (...)” (REsp. nº 826.698/MS, da 3ª Turma, relatora a Ministra Nancy Andriighi, DJ-e de 23/5/08).

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido” (REsp. nº 427.117/MS, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, DJ de 16/2/04).

“DIREITO CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO LEGAL (CC, ART. 240). PROVA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENÊUTICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 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. DEVE-SE ENSEJAR A PRODUÇÃO DE PROVAS SEMPRE QUE ELA SE APRESENTAR IMPRESCINDÍVEL À BOA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PELA RELEVÂNCIA DA SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL, NÃO PODE DETER-SE EM SUTILEZAS DE ORDEM FORMAL QUE IMPEÇAM A APRECIÇÃO DAS GRANDES TESES JURÍDICAS QUE ESTÃO A RECLAMAR PRONUNCIAMENTO E ORIENTAÇÃO PRETORIANA”** (REsp. nº 4.987/RJ, da 4ª Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28/10/91).

De sua fundamentação, dada a pertinência ao enriquecimento do debate que aqui ora se trava, extrai-se o seguinte trecho:

“A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.

A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato, na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama

exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém”.

Muitas manifestações teóricas já foram expendidas sobre a relativização da coisa julgada, a auxiliar na fundamentação da posição ora salientada, merecendo transcrição algumas delas, para o aprofundamento deste debate.

Discorrendo sobre o tema, **Humberto Theodoro Jr.**, em prefácio escrito para a obra **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização** (São Paulo: RT, 2003) assevera que:

“em passado recente, a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade, como, entre muitos, registrava José Luiz Vazquez Sotelo. Escassos, pois, eram, aqui e alhures, ensaios que se voltavam, por exemplo, para o problema da desconformidade de uma sentença transitada em julgado e a Constituição. E o que prevalecia, mesmo no transcendente domínio da ordem constitucional, era o critério de somente contemporizar com o rompimento da *res iudicata* nos acanhados limites da ação rescisória. Dessa maneira, até mesmo as ofensas à Lei Maior, quando cometidas pela sentença contra a qual não se pudesse manejar a rescisória, tornar-se-iam perenes e irrecuráveis, mercê da intransponibilidade da barreira criada pela coisa julgada. Ergueram-se, no entanto, vozes de inconformismo no seio da doutrina constitucional contra esse exagero de ‘santificação’ de um fenômeno que haveria de conduzir a sentença a um nível de autoridade superior ao da própria Constituição (...) A tese que vem ganhando corpo é a de que o fenômeno da inconstitucionalidade se reduz a uma relação de validade: se o ato de poder – qualquer que seja ele – é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale”.

Segue o autor, agora no artigo “Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização” publicado na obra **Coisa julgada inconstitucional** (2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008), p. 163-164:

“O princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da supremacia da Constituição;

A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;

Reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;

Pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica”.

Renan Lotufo, em artigo publicado na obra **Coisa julgada Inconstitucional** (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008), sob o título “Flexibilização da coisa julgada”, apresenta, sobre o tema, as seguintes considerações:

“A coisa julgada apresenta peculiaridades consoantes à matéria questionada no processo de onde resulta a decisão judicial a ser por ela afetada. As técnicas empregadas pelo sistema processual no sentido de serem protegidos direitos mais relevantes por sua função social, como aqueles do consumidor, do meio ambiente e da livre concorrência, possibilitam a formação de coisa julgada segundo o resultado do processo. O mesmo sucede quando o litígio envolve o princípio da moralidade pública, como ocorre na ação popular. Em tais situações o resultado do processo desfavorável a direitos relevantes quando resultante de deficiência probatória, seja por incúria dos representantes técnicos dos titulares desses direitos ou mesmo sem responsabilidade destes, não se forma a coisa julgada material, possibilitando-se a repositura da mesma ação” (p. 209).

Aduz, a seguir, que

“a convivência de decisões judiciais imutáveis, mas injustas, porque esgotados os instrumentos para sua alteração, e em conflito com os princípios fundamentais informadores do sistema, em que elas se engastam, é uma questão que, de há muito, desafia os juristas, sem que a respeito tenha se chegado a soluções insuscetíveis de críticas” (p. 218),

citando, como possível fonte geradora disso, decisão anterior injusta, em razão da evolução da técnica, em se tratando de meio de prova, ressaltando, à guisa de conclusão, o sempre lembrado ensinamento, quando se trata deste tema, de Cândido Rangel Dinamarco, para quem **“a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”**.

A despeito de guardar reservas quanto à questão da ponderação de princípios, por seus méritos quanto à colocação do problema, cito obra de **Eduardo Talamini**:

“Na ação declaratória de filiação, normalmente a dignidade humana será essencialmente prestigiada com a identificação precisa do pai ou mãe biológico (‘o direito personalíssimo ao conhecimento de suas origens’, de que falam os civilistas).

(...)

Todavia, não se deve descartar a ocorrência de casos em que vínculos de *filiação afetiva* ou outros equivalentes, de consolidação de situações familiares, tenham se estabelecido de tal modo que desaconselhem qualquer reabertura da discussão. Em caso como esse, segurança jurídica e dignidade humana pesarão de um mesmo lado da balança.

(...)

Assim, não é difícil perceber o grande risco que se corre, em matéria de coisa julgada nas sentenças sobre filiação, de incidir em uma abordagem meramente retórica e vazia, despida de verdadeiro conteúdo axiológico, uma argumentação amparada em ‘fundamentos óbvios’. Quando se passa a afirmar genericamente que a ‘dignidade humana’ impõe, sempre e em qualquer caso, a desconsideração da coisa julgada nas sentenças sobre filiação; quando se passa a sustentar que por se tratar de um ‘direito absoluto e indisponível’ sempre se poderá rever a sentença já proferida; enfim, quando de antemão já se estabelece qual é o resultado da suposta ‘ponderação de valores’ pretendida, não se está, a rigor, preconizando a aplicação de juízo de ponderação nenhum.

(...)

Ao contrário do que muitas vezes se imagina, as preocupações e disputas que passaram a existir em torno da coisa julgada e dos demais institutos processuais na investigação de paternidade não derivam apenas do surgimento de novos meios técnicos de investigação (exame de DNA etc), mas sobretudo, da alteração do direito material constitucional: com a equiparação absoluta entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, ligados por laços biológicos ou afetivos, definitivamente se eliminaram os obstáculos à investigação da filiação. As inovações científicas seriam em grande parte inúteis ou irrelevantes, se o direito material não tivesse mudado.

Mas o direito material mudou não para estabelecer simplesmente alguma primazia da filiação biológica; não para consagrar como fundamental a ‘verdade biológica’. Alterou-se – reiterou-se – para consagrar um tratamento na medida do possível não-discriminatório a qualquer filho. Isso também significa, necessariamente, o prestígio constitucional da filiação afetiva – reconhecido por autorizada doutrina.

(...)

É certo que a coisa julgada não transforma o falso em verdade, não faz do negro branco, nem do quadrado redondo. Ela não é verdade, não substitui a verdade e nem pretende ter o valor da verdade: trata-se de mero mecanismo pragmático que apenas impede uma nova discussão. Portanto, nas situações em que a busca da verdade assume concretamente um valor fundamental, como é o caso do direito ao conhecimento da própria identidade e origem, a coisa julgada a pouco se presta. Mas também é igualmente certo que um comando judicial não irá por si só estabelecer um laço de afeição paterno-filial até então inexistente (sobretudo nos mais acirrados litígios, entre os quais normalmente se incluem aqueles em que se chega ao ponto de cogitar de reabertura da discussão depois da coisa julgada) (...)” (Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005. p. 588-592).

Mais adiante, em contribuição extraída do direito comparado, aponta o doutrinador, possível solução legislativa que, *de lege ferenda*, poderia ser introduzida em nosso ordenamento jurídico:

“O direito positivo alemão atualmente contempla hipótese especial de revisão da coisa julgada que foi instituída tendo em vista as mesmas preocupações que inspiraram o projeto de lei ora examinado. Limita-se às ações de filiação. No entanto, o legislador alemão evitou vincular o cabimento da revisão a um único e específico meio de prova. É a *ação de restituição* delineada nas regras do § 641 i da ZPO:

(1) A ação de restituição contra uma sentença transitada em julgado que se tenha pronunciado sobre a paternidade é cabível, além de nos casos do § 580 [que trata das hipóteses gerais de revisão da sentença revestida de coisa julgada], se a parte apresenta um novo dado sobre a paternidade que, por si só ou unido às provas realizadas no processo anterior, teria proporcionado um pronunciamento diferente” (Op. cit. p. 653-654).

Belmiro Pedro Welter (Coisa julgada na investigação de paternidade. São Paulo: Síntese, 2000), assevera que:

“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, documental, testemunhal, pericial, especialmente exame genético DNA, e depoimento pessoal” (p. 113),

bem como que:

**“não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por insuficiência de provas da paternidade biológica” (p. 121).**

Assim, sempre segundo o raciocínio levada a efeito pelo referido escritor, se a decisão anterior tomar por fundamento a insuficiência da prova coligida aos autos, para permitir a prolação de decreto de procedência da ação, tem-se que não se afirmou não ser o réu pai do autor e, a rigor, a demanda deveria ter sido extinta, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, dada a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, porque se mostrou impossível a formação de um juízo de certeza sobre o fato. Sentença meramente terminativa, portanto, a possibilitar a repositura da ação, para, com a realização de prova técnica mais conclusiva, vale dizer, exame de DNA, emitir-se um juízo de certeza sobre a suposta relação de paternidade objeto do processo.

É por isso que parece correto afirmar que, quando a demanda anterior foi julgada improcedente, por falta de provas quanto à realidade do vínculo paterno-filial que se pretendia ver reconhecido, a verdade biológica não foi alcançada e, por isso, nova demanda pode ser intentada, para que, com o auxílio de provas técnicas de alta precisão, tal verdade possa, enfim, ser estabelecida, em respeito à dignidade da pessoa humana desse ser que não tem tal vínculo determinado, em sua certidão de nascimento, direito personalíssimo esse cujo exercício nossa vigente Magna Carta lhe assegura, de forma incondicionada.

E tudo como corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanção natural do estado da pessoa.

Para uma adequada delimitação do conceito de *“estado da pessoa”*, vale citar **Caio Mario da Silva Pereira (Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006)**, assevera ser a *‘condição individual na sociedade’*, acrescentando, firme na lição de Planiol, que

**‘todo indivíduo é titular de um complexo de qualidades que lhe são particulares e que integram a sua personalidade, dando nascimento a uma situação jurídica’ (...)** São atributos que fixam a condição do indivíduo na sociedade, e se por um lado constituem fonte de direitos e de obrigações, por outro lado fornecem os característicos personativos, pelos quais se identifica a pessoa, ou, como diria Savatier, fornecem a *‘classificação que a sociedade faz do indivíduo’*

(...)

Ao Direito Civil interessa grandemente o estado de família, e, deste, de modo particular, o estado de filiação, que pode decorrer de um fato, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção.

Do ponto de vista restrito em que nos colocamos, definiu-o a Corte de Cassação Francesa, em aresto de 1838, registrado por *Dalloz* e adotado por *Laurent, in verbis*: “O estado consiste nas relações que a natureza e a lei civil estabelecem, independentemente da vontade das partes, entre um indivíduo e aqueles de quem recebe o nascimento”. (...)

O estado, pois, constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade. Realidade tão objetiva, que se lhe prendem atributos peculiares aos bens incorpóreos (...) (p. 217-8).

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que tanto o princípio da intangibilidade das decisões judiciais transitadas em julgado não é absoluto, que uma norma disposta de modo contrário foi recentemente introduzida no ordenamento processual civil pátrio.

Cuida-se do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.232/05, que dispõe expressamente que em embargos à execução contra a Fazenda Pública, admite-se a arguição da inexigibilidade do título.

E tal inexigibilidade pode decorrer do fato de a execução estar lastreada em título fundado em lei ou ato normativo que vieram a ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, se estiver fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tida por esta Suprema Corte como incompatíveis com a Constituição Federal.

No presente caso, conquanto não se cuide de hipótese de embargos à execução contra a Fazenda Pública, dá-se a ocorrência de situação em que a decisão recorrida está baseada em interpretação conjunta de normas constitucionais, efetuada de uma maneira que deve ser considerada incompatível com a Magna Carta, merecendo prosperar a insurgência deduzida pelos recorrentes.

Por essas razões, a decisão recorrida, ao optar pelo prevalectimento do princípio da intangibilidade da coisa julgada, ofuscou um direito fundamental do autor da ação, de tentar ver reconhecida sua origem genética, ressentindo-se, nesse particular, daquilo que a doutrina convencionou denominar de inconstitucionalidade material, na medida em que contrariou conteúdo normativo de nossa vigente Constituição Federal.

Bem por isso, deve ser afastada, para que se permita, no presente caso, a relativização da coisa julgada a que se referiu, ao julgar extinta a demanda, sem apreciação de mérito.

Não se mostra ocioso, neste ponto de nossas considerações sobre o tema, destacar nosso entendimento concordante com a mais autorizada doutrina jurídica editada sobre o tema e já dantes referida, no sentido de que a busca da verdade biológica, como algo de transcendental importância, pode não ser a solução mais adequada, em determinados casos concretos.

Relações familiares assim próximas, como as que unem pais e filhos, ao menos de forma amistosa, não se estabelecem por decisão judicial, pois aquele que jamais aceitou sequer discutir a possibilidade de ser pai de uma pessoa para cuja geração colaborou, ainda que de maneira involuntária, possivelmente jamais irá aceitá-lo e tratá-lo como filho, da forma como seria desejável.

Por outro lado, relações baseadas em caracteres não-biológicos, porque dotadas de conteúdo humano e afetivo, devem ser, via de regra, respeitadas e prestigiadas. Não se enaltecer laços que já se firmaram entre seres que se amam e se respeitam, ainda que não exista liame biológico a vinculá-los.

Porém, no caso ora em análise, a situação é diversa, pois não há relação dessa natureza em disputa e porque o autor da demanda, desde há muitos anos, busca o reconhecimento do vínculo biológico que o une a seu suposto genitor, ou, pelo menos, uma resposta cabal da Justiça, no sentido de que esse vínculo inexistente, com relação àquele homem que sua mãe desde sempre lhe disse ser seu pai, na estrita acepção biológica desse termo, já que as atitudes por ele tomadas ao longo do trâmite destes processos permite concluir que esse papel, de forma voluntária e sob o ponto de vista sócio-afetivo, ele talvez jamais assumirá.

Basta dizer, para exemplificá-lo, que o recorrido já deixou de comparecer, sem apresentar para tanto nenhuma justificativa plausível nestes autos, a pelo menos duas datas designadas pelo Juízo de primeiro grau para a coleta de material para a realização do exame de DNA (folhas 108 e 200).

Reitera-se, uma vez mais, que o autor da presente ação, criança quando do ajuizamento da primeira demanda investigatória; adolescente, à época da propositura desta ação e já homem feito, ao tempo em que se realiza este julgamento em que se propõe a retomada de seu trâmite, obstado pelo acórdão recorrido, não obterá, ao cabo da demanda, senão uma resposta definitiva acerca de seu ancestral biológico paterno, com as

possíveis consequências materiais que disso logicamente ainda podem defluir, decorridos, até agora, quase seis lustros desde seu nascimento.

E em isso vindo a acontecer, passados já tantos anos desde que a primitiva demanda com esse objetivo foi por ele proposta, nada mais estará sendo feito que não a consagração e o respeito, no caso concreto, do seu direito fundamental de acesso à informação genética, nada além disso.

Para tanto, mister a relativização da coisa julgada dantes referida, o que, no caso em tela, entende-se não apenas possível, como altamente recomendável, pelas razões já supra expostas e que pode ser efetuado, à semelhança do que esta Corte tem feito em casos similares, ainda que eu guarde reserva quanto a certos fundamentos ali utilizados.

A questão deixa de ser principiológica. Como tenho realçado ao longo deste voto, o Direito de Família, no estado-da-arte das Ciências Médicas, não pode se valer de avoengas presunções. Recorde-se da jovem **Helena**, de **Machado de Assis**. Se não há como impedir o reconhecimento, no plano da validade, de uma relação jurídica **existente** por efeito de um testamento, o que se dirá de semelhante efeito por uma sentença?

É o que ora se está propondo que se faça, para que possa prevalecer o tantas vezes já referido direito fundamental do autor da ação à *informação genética*, ressaltando-se, por oportuno, uma vez mais, que não se está tampouco valorando a eventual justiça ou injustiça da decisão proferida na origem, senão a adequação da jurisprudência ao estado atual da Ciência Jurídica sobre esse direito fundamental.

Antes de encerrar, gostaria de lembrar a tradição de vanguarda deste Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação das normas de Direito de Família, em ordem a se prestigiar direitos fundamentais das pessoas envolvidas e com a busca da origem biológica de um ser gerado por pessoas que não estavam à época de sua concepção unidas pelos laços do matrimônio, ou mesmo coabitando, ainda que de forma eventual, ou clandestina.

Exemplificando, trago à colação alguns julgamentos, memoráveis a seu tempo, que significaram representativo avanço da jurisprudência que então vigia sobre o tema e que tiveram por consequência, até mesmo a mudança de leis que, retrógradas, impediam a revelação da verdade biológica, em muitas relações familiares.

Refiro-me, por exemplo, ao que aconteceu logo depois da edição do Decreto-lei nº 4.737/42, que veio a permitir o reconhecimento de filhos adulterinos, de forma voluntária, ou através de demanda judicial, depois do desquite do genitor casado.

Ora, como com a morte do cônjuge desse genitor, também ocorria o término de sua sociedade conjugal, passou-se a defender a possibilidade de que, igualmente em tal hipótese, pudesse ocorrer o reconhecimento.

Intenso foi o debate doutrinário que permeou a controvérsia e tímidas decisões judiciais passaram a acolher tal possibilidade, as quais encontraram eco em diversos pronunciamentos de eminentes membros desta Corte, conforme minuciosa análise apresentada por **Arnoldo Medeiros da Fonseca**, em sua obra **Investigação de Paternidade** (3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 284-294), na qual são citadas decisões, nesse sentido, da lavra dos saudosos Ministros **Castro Nunes, Barros Barreto e Orozimbo Nonato**.

Passados alguns anos, tal controvérsia restou superada pela edição da Lei nº 883/49, que veio a permitir o reconhecimento em questão, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, tal como o admitiam valorosos posicionamentos de ilustres membros desta Corte.

O mesmo fenômeno ocorreu em meados dos anos 60 do século passado, quando este Tribunal passou a admitir que filhos adulterinos “a matre” intentassem demandas investigatórias, mesmo sem prévia contestação da paternidade por parte do marido da mãe, o que foi feito com fundamento na comprovada separação de fato do casal, ao tempo da concepção.

Representativo dessa tendência jurisprudencial é o RE nº 51.269/RS, em que o relator, Ministro **Hermes Lima**, assevera que deveria ser considerada relativa a presunção de paternidade legalmente estabelecida pelo Código Civil então em vigor, quando houvesse comprovada separação de fato do casal, à época da concepção.

De sua fundamentação, destaquem-se os seguintes excertos:

*“Levar a presunção legal a ponto de atribuir ao cônjuge varão, afastado ou distante da mulher, sem convivência de espécie alguma com ela, a paternidade desse filho, constitui absurdo que nem a lei nem o princípio da defesa da família autorizam (...) O princípio **pater is est** está fincado na tradição social e jurídica. Ele significa que o filho nascido na constância do casamento se reputa do marido (...) O princípio **pater is est** não pode sobrepor-se a qualquer situação de fato, sob pena de converter-se numa regra de atroz rigorismo. Sua sobrevivência impõe que o interpretemos e apliquemos no interesse da manutenção da unidade e dignidade familiar. Onde essa unidade desaparecer, retirando dos cônjuges a responsabilidade pessoal e moral pela condução dos costumes e normas sociais ligadas ao casamento, há que examinar se o velho princípio tem aplicação inteligente” (DJ de 7/11/63).*

No mesmo sentido, posiciona-se a decisão proferida pelo Pleno desta Corte, nos autos do RE nº 54.891/RN, relatado pelo Ministro **Victor Nunes Leal**, cuja ementa assim dispõe:

“1) EM PRINCÍPIO, NÃO SE ADMITE A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DO FILHO ADULTERINO ‘A MATRE’ SEM A AÇÃO NEGATORIA DO ‘PATER EST’ (C.C., ART. 334). 2) A JURISPRUDÊNCIA TEM ABRANDADO ESSA EXIGÊNCIA, QUANDO O PAI PRESUMIDO CONTESTA A PATERNIDADE POR FORMA DIVERSA DA AÇÃO NEGATÓRIA, OU QUANDO A EFETIVA SEPARAÇÃO DO CASAL, AO TEMPO DA CONCEPÇÃO, EXCLUI A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE LEGAL. 3) HAVENDO NEGATÓRIA, É DISPENSÁVEL A PRÉVIA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL PARA A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE (L.883/49, ART. 1). 4) DEVE TAMBÉM SER DISPENSADA, QUANDO POR OUTRA FORMA, O PAI PRESUMIDO CONTESTA A PATERNIDADE. 5) TAMBÉM ATENDE AOS OBJETIVOS DA LEI A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO CURSO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO” (DJ de 22/12/64).

Discorrendo sobre tal tendência jurisprudencial desta Suprema Corte, verdadeiramente revolucionária e que veio a antecipar, em muitos anos, a evolução legislativa a respeito do tema ora em debate, obtemperou **Luiz Edson Fachin** (**Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992):

*“Como se depreende, o Supremo abre a via da investigação diante de uma situação para a qual a lei fechava as portas. O Código não permite por essa via a descoberta da verdadeira paternidade, pois, isso podia afetar a concepção de família que se pôs a proteger. Esse óbice foi desconsiderado pela jurisprudência, porque esta elegeu como prioritária a procura da verdadeira paternidade.*

*A abertura desse caminho pelo Supremo Tribunal tomou em conta a improbabilidade de ser o marido pai dos filhos da mulher casada, quando existente separação de fato entre os cônjuges. Sendo inverossímil a paternidade do marido da mãe, e o era diante daquela circunstância, a jurisprudência se pôs em busca do pai verdadeiro.*

(...)

*Da descrição dos acórdãos feita anteriormente, emerge a constatação de que, de fato, a jurisprudência (inclusive e especialmente no STF), à margem do Código Civil, construiu um critério diverso para alcançar os efeitos que, pelo sistema codificado, somente seriam atingidos pela contestação de paternidade. Essa construção mostra que o Supremo Tribunal optou por não se manter aderente ao sistema para evitar o estabelecimento de paternidade flagrantemente improvável. Nessa opção, a lógica dos fatos se impôs contra os*

*obstáculos formais do Código Civil e os resultados alcançados pelo Supremo não se abrigam no sistema originário do Código Civil.*

*Pelo Código Civil brasileiro, como vimos, somente se afasta a presunção 'pater is est' por ação privativa do marido da mulher casada e com base em motivos que a lei expressamente indica.*

*Assim, se não for contestada a paternidade nesses termos, prevaleceria sempre a paternidade do marido da mãe, ainda que fosse terceiro o pai biológico do filho da mulher casada. Trata-se de um sistema que imprime notável força à presunção 'pater is est'.*

*Pela jurisprudência, houve sensível e razoável abrandamento da força dessa presunção, diante de determinados casos concretos, em que as circunstâncias evidenciavam claramente que o marido da mãe não podia ser o pai da criança.*

(...)

*Em tudo isso o que se nota é a preocupação de estar o mais próximo possível da verdade da filiação.*

*Enquanto o Código Civil brasileiro se postou na defesa da família matrimonializada e da autoridade do marido, a jurisprudência abriu as portas da investigação e do reconhecimento para encontrar a verdadeira paternidade.*

(...)

*Tais julgamentos contribuíram para obstar o estabelecimento de ainda maior número de paternidades fictícias e foram, progressivamente, consagrando o abrigo do filho havido fora do casamento, cuja discriminação, pelo fato de sua origem, sempre mereceu ser repudiada.*

*Fez-se valer a lição de que as soluções judiciais devem se revelar moralmente aceitáveis.*

(...)

*É necessário, por fim, reconhecer que, diversamente do sistema do Código, a estrutura que se extrai da jurisprudência representa em matéria de filiação um crescente, embora assistemático, compromisso com a verdade e não com a ficção, e é precisamente aí que reside seu maior mérito, digno de favorável apreciação" (p. 121-147).*

Creio que se faz chegado o momento, Senhores Ministros, em que é necessário continuar a enveredar por esse caminho, que de há muito vem sendo trilhado por esta Suprema Corte, no sentido de permitir, em matéria de direito de filiação, que a verdade

sobre a origem biológica seja investigada e que uma resposta calcada em critérios técnicos de absoluta veracidade seja proferida pela Justiça.

Para tanto, é imperativo que a jurisprudência desta Corte, uma vez mais, avance, da forma como vem sendo feita ao longo dos anos, para permitir a relativização da coisa julgada ora proposta, o que certamente influirá no sentido de que o Poder Legislativo da nação também avance nesse sentido, editando norma legal expressa a prever que, em hipóteses como essa descrita nestes autos, não se estabeleça coisa julgada em ações investigatórias de paternidade cujo veredicto decorreu de uma deficiente e inconclusiva instrução probatória.

Aliás, quanto a tal aspecto, pode ser mencionada a existência de duas proposições legislativas que tramitaram, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre o tema ora em debate.

Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 116/01, de autoria do Senador Valmir Amaral, que tinha por objeto acrescentar ao artigo 8º, da Lei nº 8.560/92, um parágrafo único, com a seguinte redação: *“A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada”*.

Já no âmbito da Câmara dos Deputados, tramitou o Projeto de Lei nº 6.960/02, que pretendia introduzir inúmeras alterações em diversos artigos do Código Civil e propunha, no que interessa para a hipótese ora em análise, que se acrescentasse um novo parágrafo ao artigo 1606, a dispor que *“não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame do DNA, ressalvada a hipótese do § 4º artigo 1601”* (o qual cuida da injustificada recusa a submeter-se ao exame e que acarretaria a presunção da existência da relação de filiação).

Nenhuma delas, contudo, obteve êxito, situação essa que, certamente seria diferente, se houvesse precedentes desta Casa, apontando para a adequação do quanto contido nessas proposituras.

E é nesse sentido que se coloca o STF em posição de *deliberação colaborativa* com o Parlamento, sem ofuscá-lo e sem desconsiderar a soberania da vontade do povo.

Penso que, de tudo quanto foi exposto até aqui, emerge a conclusão de que não se pode tolher o direito do autor da ação de perseguir a busca de sua verdadeira identidade genética, consubstanciada, no presente caso, pela determinação de seu ancestral masculino, muito embora esse ato, infelizmente para ele, possa ser vazio de consequências quanto à busca de um pai, na verdadeira acepção da palavra, mas apenas represente o preenchimento de uma lacuna existente em sua certidão de nascimento.

Reitero, ainda uma vez, que a denominada “verdade do sangue” não deve ser dotada de um caráter absoluto, a ser utilizada como resposta pronta e acabada para todos os litígios acerca de assunto tão delicado como esse aqui em debate, transcrevendo, nesse particular, a advertência feita por **Márcio Antonio Boscaro**, em sua tese sobre o tema, ao asseverar que

*“em matéria de direito de filiação, nem sempre a busca e a revelação da verdade podem representar o melhor caminho a seguir, pois não se pode deixar de levar em consideração, quando se trata desse ramo do direito, a advertência feita por Gérard Cornu, um dos principais doutrinadores franceses sobre o tema, no sentido de que o direito de filiação não é apenas um direito da verdade, mas, também, e principalmente, da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, da ordem estabelecida e, ainda, do tempo que passa” (Direito de Filiação. São Paulo: RT, 2002. p. 192).*

Mas reafirmo que, no presente caso, no qual o recorrente já é homem feito, e ainda ignora a verdade acerca de sua origem genética, permitir-lhe que dê cabo dessa busca é a melhor e mais justa posição a ser assumida.

Exige-se, portanto, a tomada de uma posição firme desta Corte, no sentido de relativizar-se a coisa julgada estabelecida ao fim de anterior ação análoga por ele ajuizada contra o recorrido e que foi julgada improcedente por absoluta falta de provas, eis que inviabilizada a produção daquela que poderia conferir foros de absoluta certeza quanto ao vínculo biológico que se procurava estabelecer entre as partes.

Da mesma forma que não se pode mais tolerar a prevalência, em relações familiares envolvendo o vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado na absoluta presunção que decorria do vetusto brocardo “*pater is est*”, tampouco compactua o sistema vigente entre nós com a negativa de resposta a demandas acerca da origem biológica do ser humano, tendo por fundamento a ausência de realização de prova técnica que permita a prolação de um juízo de certeza sobre a existência de uma tal relação, objeto esse que se constitui no cerne da controvérsia em disputa na presente demanda.

O que se está a fazer, neste caso, é dar ênfase ao *direito fundamental à informação genética*, que já foi examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no famoso caso da “*informação sobre a paternidade*” (*Vaterschaftsaskunft*), conforme se extrai de BVerfGE 96, 56, decisão do Primeiro Senado de 6.5.1997, embora sem reconhecer de modo expresso essa prerrogativa. Naquele julgamento o TCF, ficou a meio caminho entre a ideia de *Vaterschaftsaskunft* e a proteção da intimidade dos genitores.

Temos aqui a oportunidade de ir além e tomar posição explícita em favor desse direito fundamental. E, nesse sentido, não é necessário fazer grandes volteios retóricos.

Trata-se de pura e simplesmente reconhecer que houve evolução nos meios de prova e que a defesa do acesso à *“informação sobre a paternidade”* deve ser protegida porque se insere no conceito de direito da personalidade.

No Brasil, ter-se-á a oportunidade, agora em face do óbice da coisa julgada, de se enfatizar esse direito fundamental.

E, de outro lado, é esta também a oportunidade de se reafirmar a posição de centralidade do Direito Civil, por efeito de sua autonomia principiológica, na condição de província jurídica tutelar dos aspectos essenciais da personalidade.

Encerro, fazendo menção ao fato de que **Arnoldo Medeiros da Fonseca**, ao concluir sua obra sobre investigação de paternidade, já alertava para o necessário progresso que esse tipo de demanda estava a recomendar. O brilhantismo de suas lições, conquanto proferidas há mais de meio século, ainda ecoa atual, merecendo transcrição:

**“Do estudo histórico, comparativo e doutrinário realizado, resulta que a nossa legislação civil, em matéria de investigação de paternidade ilegítima, não foge à tendência, só transitoriamente interrompida, e que se acentua no direito contemporâneo, para não fazer recair sobre os filhos extramatrimoniais as consequências da vida irregular dos seus genitores. Se é compreensível e justificável que procure a ordem jurídica, na defesa de interesses sociais relevantes, proteger e amparar a família legítima, reagindo contra a união livre, que assustadoramente se desenvolve, não é menos certo que tal resultado não deve ser conquistado à custa do sacrifício de direitos sagrados daqueles que não pediram para nascer.**

(...)

**Os pendores do nosso direito bem se acentuam na nova legislação trabalhista e no art. 126 da Carta Constitucional de 1937, que, infelizmente, não foi reproduzida na Constituição de 18 de setembro de 1946, o que, entretanto, não deve ser interpretado como mudança de orientação da legislação brasileira. Cumpre, pois, prosseguir e completar, com prudência e firmeza, essa benemérita tarefa de justiça social”** (op. cit., p. 507-508).

Ante o exposto, pelo meu voto, Senhor Presidente, conheço dos recursos extraordinários e lhes dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, afastar o arguido óbice da coisa julgada e, por conseguinte, o decreto de extinção do processo sem apreciação do mérito, para permitir o prosseguimento da ação de investigação de paternidade em tela, até seus ulteriores termos, tal como havia sido corretamente determinado pelo Juízo de Primeiro Grau.

É como voto.