

GABRIELLE ANA SELIG

**COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
DECIDIDAS SEM EXAME DE DNA**

**CURITIBA
2002**

GABRIELLE ANA SELIG

**COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
DECIDIDAS SEM EXAME DE DNA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadores: Prof. Eduardo Talamini
Prof. Manoel Caetano
Ferreira Filho

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELLE ANA SELIG

COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECIDIDAS SEM EXAME DE DNA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Co-orientador:


Prof. Eduardo Talamini

Examinador:


Prof. Edson Ribas Malachini

Curitiba, 28 de novembro de 2002.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sonia e Volmir, pela visão de mundo que me passaram;

Aos meus irmão, Fábio e Gustavo, pelo carinho;

Aos meus avós: Emília, Gabriel (*in memorian*), Adolfa e Lauro, por terem sempre compreendido o quanto eu queria estar perto, mas nem sempre pude;

A Sônia Cruz, notável profissional e pessoa, por quem tenho muita admiração;

A Nara e Fernanda, amigas inseparáveis e colaboradoras indispensáveis deste trabalho;

Aos meus colegas de trabalho no TRE, principalmente a Roneide, pela compreensão com as minhas ausências;

Ao Juliano, notável pessoa, por todas as lembranças;

À Promotoria de Investigação de Paternidade, pelos materiais disponibilizados;

Ao Dr. D'artagnan Serpa Sá, ilustre Juiz, com quem aprendi não somente lições de Direito, mas principalmente de dignidade;

Ao Prof. Manoel Caetano, incomparável mestre que contribuiu em muito pelo meu encanto pelo Direito;

E, finalmente, ao Prof. Talamini, a quem admiro e agradeço os preciosos ensinamentos e o indispensável auxílio.

“Nenhuma pergunta é tão difícil de se responder quanto aquela cuja resposta é óbvia”.

George Bernard Shaw, ref.

“Quem não pode defender seus direitos está na mesma situação de quem não tem direitos”.

Dalmo de Abreu Dallari, ref.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1.ELEMENTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA COISA JULGADA	
1.1. PANORAMA SOBRE O CONCEITO DE COISA JULGADA	3
1.2. COISA JULGADA E VERDADE	6
1.3. COISA JULGADA E JURISDIÇÃO	9
2.CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	
2.1. ÔNUS DA PROVA	14
2.2. O EXAME DE DNA.....	17
2.3. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	19
3.PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À COISA JULGADA E À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	
3.1. SEGURANÇA JURÍDICA	22
3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	25
4.RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	
4.1. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SOLUÇÃO	30
4.2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: CONSEQÜÊNCIAS E FORMAS DE IMPUGNAÇÃO	33
4.3. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS	36
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	42

RESUMO

Este trabalho teve por objetivo o estudo da coisa julgada, buscando uma noção geral sobre o assunto que permitisse, a partir de então, a análise sobre a possibilidade de tornar relativa a sua aplicação. Em um segundo momento, o estudo foi dedicado à análise da ação de investigação de paternidade, seus princípios, o exame de DNA e a sentença, tentando demonstrar a importância do reconhecimento da identidade da pessoa humana e da realização do exame genético para a decisão das questões relativas à paternidade. Após a análise genérica da coisa julgada e da ação de investigação de paternidade, procurou-se demonstrar qual a solução entre o conflito que se estabelece entre os dois princípios constitucionais em estudo: o da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Nesta oportunidade, verificou-se como nossos Tribunais vêm tratando do assunto, procurando-se demonstrar qual a importância que eles têm dado ao tema. O trabalho foi realizado, principalmente, a partir da análise de diversas referências bibliográficas sobre o assunto. O material bibliográfico analisado abarcou textos de doutrina, tais como livros publicados e artigos de revistas jurídicas; bem como abordou os entendimentos dos tribunais a respeito do tema (análise jurisprudencial) e os textos legislativos referentes à matéria em estudo. Partiu-se de princípios gerais para então sugerir uma solução prática efetiva para os casos de ações de investigação de paternidade que, embora já tenham sido decididas, estão sendo repropostas. Ademais, foram analisados os institutos processuais à luz da Constituição Federal, tentando demonstrar a eficácia dos princípios nela contidos e a necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais segundo as diretrizes e normas contidas na Carta Magna brasileira.

Palavras-chave: Processo Civil, Coisa Julgada, Investigação de Paternidade, DNA

INTRODUÇÃO

Muito embora CHIOVENDA, já no século anterior, tenha afirmado que pouco restava para se dizer a respeito do instituto da coisa julgada que não fosse inútil, alguns temas hão de ser sempre revistos. Isto porque a ciência do Direito, como as demais, encontra-se em constante evolução. Mudam-se os costumes, mudam-se as técnicas, descobrem-se novos métodos e os juristas tem que realizar um processo de adaptação, sob pena de tornar o Direito totalmente ineficaz, afastado da realidade social que pretende regular.

O Direito de Família está entre os ramos da ciência jurídica que apresentam o maior número de inovações. Isto porque muitos de seus institutos e conceitos estão ligados a costumes e valores sociais e morais que se modificam rapidamente. Se antes, por exemplo, não se admitia socialmente a formação da família sem casamento, hoje já se discute o reconhecimento como família das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mais que a proteção do matrimônio, o Direito atual procura resguardar as relações afeto.

No que tange à paternidade, muitas são as discussões relevantes. A ciência genética apresentou avanços que pareciam inimagináveis. O exame de DNA pode precisar, com 99,9% de certeza, a paternidade biológica de um indivíduo. A inseminação artificial possibilita a fecundação de mulheres que têm dificuldades para ter filhos. Surgem inúmeras questões a serem respondidas pelos operadores jurídicos: pode uma pessoa ser obrigada a realizar o exame de DNA? Na inseminação heteróloga realizada por uma mulher casada, como provar o consentimento do marido? É este essencial? Quando a verdade biológica deve prevalecer? Quando se deve priorizar a verdade afetiva? Como ficam as questões decididas antes destes avanços científicos? Poderão ser repropostas?

A resposta a estas questões revelou que é possível reconhecer três espécies de paternidade: a afetiva (que se traduz no cuidado, no carinho), a biológica (laços de sangue estabelecidos no momento da procriação) e a jurídica (paternidade legalmente estabelecida). O presente trabalho volta-se para o estudo

da paternidade biológica e seu reconhecimento jurídico. De modo nenhum se pretendeu ignorar a idéia tão defendida no Direito hodierno da paternidade sócio-afetiva. Não resta qualquer dúvida de que, em muitas situações concretas (senão em todas), a verdade afetiva deve prevalecer sobre a biológica. No entanto, este tema foge do objeto desta pesquisa. Isto porque a realidade concreta demonstra que a procura pelo vínculo biológico ainda é essencial, haja vista que são inúmeras as pessoas que não possuem relações de qualquer espécie com a figura paterna; sequer possuem um pai que as reconheça formalmente, em todos os seus direitos, como filhos. Daí a grande quantidade de ações de investigação de paternidade propostas nos tribunais de todo país.

É direito fundamental de todo o ser humano ser reconhecido como pessoa, como um ser peculiar, distinto dos demais. Os indivíduos têm o direito de conhecer as próprias origens (genéticas, sociais e culturais). A paternidade e a maternidade representam uma das únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de sua procedência. Privar o homem de conhecer a sua história é o mesmo que considerá-lo como uma coisa.

A evolução científica possibilita a busca da verdade material, afastando a idéia de que o que não está nos autos não está na vida, ou seja, de que aquilo que a parte não conseguiu provar não ocorreu. A genética veio para ser uma aliada na busca da verdade material nas questões de paternidade. Sendo possível saber a verdade sobre a paternidade, podem os operadores do Direito, em nome da manutenção de certos institutos jurídicos, negar a reconhecê-la?

O Direito precisa encontrar respostas adequadas para esta e outras questões surgidas no âmago da sociedade. Não pode simplesmente ignorá-las, continuando a aplicar leis e institutos elaborados em outro contexto social, cultural e tecnológico. Se os operadores jurídicos pretendem que as normas legais sejam reconhecidas como legítimas e que a jurisdição cumpra a sua função precípua de pacificação social com justiça, devem repensar a aplicação de certos conceitos e adaptá-los à nova realidade que palpita no seio da coletividade, clamando por uma solução justa e conforme aos novos ditames sociais.

1. ELEMENTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA COISA JULGADA

1.1. PANORAMA SOBRE O CONCEITO DE COISA JULGADA

Os processos judiciais, em algum momento, devem ter um fim, independentemente da satisfação dos litigantes, haja vista que se fosse possível às partes litigarem indefinidamente, elas o fariam, exigindo nova apreciação a cada derrota. Para tanto, o legislador teve que realizar uma opção política de qual seria a ocasião oportuna para que certas decisões jurisdicionais se tornassem imunes às futuras controvérsias, não podendo mais ser modificadas. Nisto consiste a função do instituto da coisa julgada.

A doutrina divide a coisa julgada em duas espécies: a formal e a material. Aquela representa a estabilidade relativa da decisão. Significa que, uma vez proferida a sentença e exauridos todos os recursos contra ela admissíveis, ela não mais poderá ser modificada na mesma relação processual, ou seja, o processo e a possibilidade de as partes o reabrirem para novas discussões são encerrados. Muitos autores definem a coisa julgada formal como preclusão máxima do processo. Ela não irradia efeitos para além da demanda, limitando-se a impedir que no mesmo processo possa ser emitido um novo pronunciamento. A coisa julgada material, em contrapartida, representa a estabilidade do julgado relativamente às futuras relações jurídicas entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros se pronunciem novamente sobre aquilo que já foi decidido. Ela irradia efeitos para fora do processo e os projeta para o futuro. A imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes. Em verdade, segundo EGAS MONIZ DE ARAGÃO¹, a coisa julgada tem força superior à lei, pois, enquanto esta pode ser revogada, alterada por outra, aquela não pode ser modificada nem pela lei nem por outra sentença.

¹ **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

Toda sentença produz coisa julgada formal, ou seja, adquire estabilidade relativa, que nada mais é do que uma preclusão. No entanto, os julgamentos que, ademais de extinguirem o processo, também decidem acerca do mérito, além da estabilidade relativa, adquirem uma estabilidade absoluta. Esta torna as decisões imutáveis não somente no processo em que foram proferidas, mas também em qualquer outro que venha a se formar, no qual se pretenda discutir judicialmente o mesmo bem jurídico. A coisa julgada material, pois, pressupõe a coisa julgada formal, ou seja, para que haja indiscutibilidade para o futuro faz-se necessário, primeiramente, que a decisão se torne indiscutível na própria relação jurídica da qual provém.²

Diz-se que a coisa julgada possui uma função negativa – a de impedir um novo julgamento – e uma função positiva, que consiste na utilização da coisa julgada, em seu conteúdo, em um segundo julgamento. Como bem aduz CELSO NEVES³:

A função da coisa julgada é, pois, dúplice: de um lado define, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro lado, impede que se restabeleça em outro processo, a mesma controvérsia. Em virtude da primeira função, não podem as partes, unilateralmente, escapar aos efeitos da declaração jurisdicional; por decorrência da segunda cabe a qualquer dos litigantes a *exceptio rei iudicatae* para excluir novo debate sobre a relação jurídica decidida.

Não fazem coisa julgada os motivos (ou razões) que dão suporte à decisão, a verdade dos fatos e os fundamentos da sentença, e a questão prejudicial apreciada no processo, sem que tenha sido proposta uma ação declaratória incidental. O limite objetivo da coisa julgada consiste, pois, não na apreciação das premissas sobre o que o juiz raciocina, mas sim na solução dada ao litígio, contida no dispositivo, que representa o comando estatal. Somente este se converte em coisa julgada.

... exclusão dos motivos da sentença da coisa julgada não há que entender-se no sentido formalístico, que só passe em julgado o que está

² É o que se infere da leitura do art. 467 do Código de Processo Civil.

³ **Coisa julgada civil**, p. 489.

escrito no dispositivo da sentença: porque, ao contrário, para determinar o alcance da coisa julgada é, pelo geral, necessário remontar aos motivos para poder identificar a ação com a indagação da causa petendi.⁴

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, a definição de quem está sujeito a sua autoridade, é pacífica a orientação de que, via de regra, estão eles restritos às partes integrantes da relação jurídica processual. Portanto, para que alguém seja atingido pela autoridade da coisa julgada material, deve necessariamente ter integrado a relação jurídica processual. No entanto, é inquestionável que terceiros possam ser atingidos pela eficácia natural da sentença ou por sua eficácia reflexa, como será explicitado no item 2.3.

Há que se entender, para melhor compreensão do instituto da coisa julgada, a distinção entre esta, sua autoridade e a eficácia da sentença. A autoridade da coisa julgada decorre da estabilidade da decisão (que a torna imutável e indiscutível), significando a possibilidade de a sentença se impor perante todos⁵. A sentença adquire perante as partes e nos limites do apreciado força superior à da lei. Mas não são somente os integrantes dos pólos ativo e passivo do litígio que devem respeitar a coisa julgada, mas sim todos, em homenagem à paz social, haja vista que já houve o acerto definitivo sobre determinada relação jurídica.

A eficácia é entendida como a capacidade da sentença de produzir efeitos, resultados. É qualidade própria de uma sentença que a faz produzir os efeitos que lhe são peculiares, sejam eles declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executórios. Existem decisões que, ainda não tendo transitado em julgado, produzem efeitos (possuem eficácia). É a eficácia um atributo da sentença e não da coisa julgada, pois esta não está apta a produzir os resultados almejados pela demanda, mas apenas torna o ato imutável e indiscutível. A coisa julgada não é, pois, um efeito da sentença, mas uma

⁴ ARAGÃO, Egas Moniz. Op. cit., p.

⁵ Definida por LIEBMAN como uma qualidade. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover, p.50.

qualidade inerente a todos os efeitos dela e que a eles se incorpora a partir de um dado momento.

Em resumo,

- a) eficácia da sentença – representa a capacidade que possui esta de reproduzir efeitos, através de seus comandos;
- b) coisa julgada – a opção político-jurídica que outorga à decisão jurisdicional a capacidade de torná-la imutável perante todos e indiscutível às partes;
- c) autoridade – a qual, em face da estatalidade do ato sentencial e da opção política de estabilizar as relações jurídicas, torna a nova situação jurídica, decorrente da sentença, oponível *erga omnes*, estando presente tanto na sentença quanto na coisa julgada.⁶

1.2. COISA JULGADA E VERDADE

É uma tendência natural do ser humano a de, após o julgamento do litígio, contrastar a decisão jurisdicional com a verdade. Em se procedendo desta forma, perceber-se-á que há possibilidade de que o juiz tenha cometido algum erro e que, mesmo assim, a decisão tenha transitado em julgado e sido revestida de imutabilidade. A formação da coisa julgada – estável e imutável – independe de a sentença estar certa, representar a verdade. “Não fosse assim e o juiz deveria proceder como o pesquisador científico, que reproduz as experiências e renova indefinidamente as investigações até encontrar o resultado final (no caso do processo, até descobrir a verdade)”.⁷

Existem algumas teorias que procuram explicar a relação entre a coisa julgada e a verdade, ou seja, a natureza jurídica da coisa julgada. Uma delas é a teoria da ficção da verdade. Ela leva em consideração a possibilidade de a sentença estar errada, ou seja, de não representar a verdade e mesmo assim adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada. Se a sentença é tida como

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil, v.6**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.158.

⁷ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. cit.*, p. 202.

verdade, significa que ela não a representa. Pressupõe esta teoria que as sentenças estão quase sempre erradas e que por este motivo devem ser tidas como expressão da verdade somente por ficção. Outra teoria é a da presunção da verdade. Esta afirma que a coisa julgada seria uma presunção “*iure et de iure*” (ou seja, absoluta) da verdade. Tem como ponto de partida não a suposição do erro nas decisões – como a teoria da ficção da verdade o faz – mas sim o do acerto do julgamento. POTHIER⁸ aduz que “a autoridade da coisa julgada faz presumir verdadeiro e justo o conteúdo da sentença, e sendo esta presunção *iure et de iure*, exclui toda outra prova”. Isto quer dizer que como o julgamento pode representar a verdade, presume-se que a sentença represente sempre a verdade, sendo a coisa julgada, pois, uma presunção de verdade. Como afirmou Ulpiano, no Digesto 1,5, 25, deve-se admitir como nascido livre aquele que assim foi declarado por sentença, ainda que fosse liberto, uma vez que a coisa julgada seria aceita como verdade. Esta explanação foi generalizada pelos compiladores do Digesto que afirmaram que “a coisa julgada é aceita como verdade”. Há, ainda, a teoria da verdade formal, que apregoa que a coisa julgada não seria nem uma presunção nem uma ficção da verdade, pois ela cria um novo direito, uma verdade formal.

Não é necessário e nem justificável pretender equiparar a decisão jurisdicional à verdade. Afinal, nem ao menos se chegou a um conceito uniforme do que seja a verdade, assunto sobre o qual os filósofos ainda continuam discutindo. Não é preciso trazer ao processo uma discussão filosófica tão complexa e profunda, haja vista que se assim se fizesse, o processo jamais teria fim, uma vez que a busca da verdade absoluta, indiscutível, é um fim inatingível. Ademais, todo ser humano (não se excluindo, portando, o julgador) possui insuficientes e imperfeitos meios de investigação a sua disposição, não atuando com qualidades sobrenaturais. A verdade não pode ser atingida por outro caminho que não o raciocínio, a análise subjetiva das provas e evidências.

É possível que haja erro nas decisões? A resposta afirmativa é óbvia, pois o conhecimento e as ações humanas são imperfeitos e falíveis. Após as garantias de reexame das decisões e até de rescisão dos julgados, afasta-se a

⁸ Ibid., p. 205.

existência do erro, que não terá mais qualquer relevância para o Direito. As teorias que visam identificar a coisa julgada com a verdade devem ser afastadas, pois este objetivo é inviável na realidade da vida. Se o escopo do processo fosse o de descobrir a verdade, enquanto houvesse dúvidas, o processo não poderia ser encerrado. Como aduz Egas Moniz de Aragão⁹, “se se concordasse que o objetivo do processo é descobrir e proclamar a verdade ter-se-ia de admitir que enquanto alguém duvidar de ela haver sido encontrada (e o vencido, por certo, sempre duvidará), não pode ele encerrar-se, o que arcaria pelo absurdo”.

A não identificação da coisa julgada com a verdade e o reconhecimento de que as sentenças podem conter erros não significa que os operadores do direito devem abdicar do princípio da busca da verdade real, presente não só no processo penal – como pensam muitos – mas também no processo civil, uma vez que neste, assim como naquele, discutem-se valores muito caros à pessoa humana e sua dignidade. O processo deve, sim, tentar descobrir o que efetivamente ocorreu na realidade fática. Quando for possível atingir o resultado mais próximo da certeza – o que ocorre nas ações de investigação de paternidade, haja vista o avanço científico do exame de DNA – não podem as partes, os defensores, os juízes se contentar com ficções e presunções processuais. Por se tratar de direito indisponível, não se pode aceitar que a paternidade seja reconhecida com base apenas na verdade formal (ficção jurídica), mas sim deve-se buscar incansavelmente a verdade material, a verdadeira filiação biológica, sob pena de não serem atendidos os interesses sociais. Como afirma Belmiro Welter¹⁰, citando decisão jurisprudencial:

... no plano do direito processual civil dos nossos dias, o desejo humano é de fazer com que a verdade formal esteja cada vez mais próxima da verdade material. Por isso, significativamente foram aumentando os poderes instrutórios do Juiz, que não pode mais permanecer inerte, mas sim deve estar sempre preocupado com o esclarecimento da verdade (material, real). Ademais, é público e notório que a finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz.

⁹ Ibid., p. 207.

¹⁰ **Coisa Julgada na Ação de investigação de paternidade**. Revista Igualdade, v. 7, n.º 22, Núcleo de Comunicação Institucional, p.5.

Se as decisões jurisdicionais podem sim conter erros, isto não quer dizer que os erros não devam ser evitados. O acerto deve ser sempre a opção dos operadores jurídicos. Em havendo um meio de se minorar a possibilidade de se cometer equívocos, este meio deve necessariamente ser utilizado, sob pena de o processo se tornar algo totalmente distoante da realidade, gerando revoltas e desconfiança, não atendendo ao seu escopo principal que é o da pacificação social com justiça. Quando as pessoas não acreditam na solução do Estado, tendem à realização da justiça privada, ou seja, um retorno ao caos social.

1.3. COISA JULGADA E JURISDIÇÃO

No início da civilização, o sujeito que estivesse envolvido em qualquer espécie de conflito deveria resolver por si mesmo a situação, através da aplicação de qualquer solução, mesmo que isto implicasse a utilização da força física, da supremacia do poder econômico ou bélico. Não existia um Estado suficientemente forte e estruturado que impedisse os ímpetos individualistas dos seres humanos e impusesse o direito acima da vontade dos particulares. Quem pretendesse alguma coisa de outrem deveria obter o resultado almejado com a sua própria força e na medida dela. Este regime é conhecido como autotutela. Hoje, salvo raríssimas exceções – como o direito de retenção ou o desforço imediato – a autotutela é tipificada penalmente, pelo crime de uso arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).

Com o passar do tempo, os indivíduos foram percebendo a ineficiência e injustiça deste sistema, no qual uma das partes impunha sua decisão à outra. Buscou-se um modo de resolver amigável e imparcialmente os conflitos: a utilização de árbitros, pessoas nas quais ambas as partes confiassem.

Geralmente eram os sacerdotes, representantes da vontade de Deus, ou os anciãos, conhecedores dos costumes do grupo.

À medida que o Estado foi-se afirmando perante os particulares, impondo sua vontade a estes mediante a invasão de suas liberdades, nasceu a tendência de absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos de interesses. A justiça privada foi se transformando em uma justiça pública, através da qual o Estado impõe as suas decisões, observando, obviamente, determinados limites. A esta atividade de examinar pretensões e resolver conflitos dá-se o nome de jurisdição. A jurisdição seria, pois, “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.¹¹

Através da função jurisdicional, aplica-se o direito ao caso concreto, ou seja, a jurisdição é a atuação do direito objetivo, desempenhada pelo Estado através do processo. Ela é una e indivisível, exercida pelo Estado em regime de exclusividade, através de órgãos especializados por ele instituídos. Entretanto, mesmo sendo monopólio do poder estatal, os interessados, autorizados por lei, podem optar por algum meio não estatal de exercício da jurisdição (jurisdição exercida “por delegação do Estado”), como a arbitragem.

Pela idéia de separação de poderes, difundida por Motesquieu e ainda considerada como princípio legitimador do Estado Democrático de Direito, as diferentes atividades estatais devem ser desenvolvidas por órgãos distintos e autônomos, de forma harmônica, de modo que a atividade desenvolvida por cada órgão servisse de contenção à atividade de outro órgão (sistema de “freios e contrapesos”). Há uma divisão orgânica entre os “poderes” do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo que cada um deles desenvolve uma atividade peculiar. A função jurisdicional, por exemplo, é distinta da função administrativa. A um porque nesta não existe o instituto da coisa julgada, podendo seus atos ser anulados pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A dois porque a administração pode atuar de ofício, pois não é inicialmente inerte. A três porque

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et al. **Teoria Geral do Processo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p.129.

tem a lei como limite (idéia de legalidade) e não como fim. A quatro porque realiza juízo sobre sua própria atividade, sendo parte (e por conseqüências, parcial).

Dessa diferenciação não decorre, entretanto, a afirmação de que cabe somente ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional e que a função jurisdicional é aquela da qual está incumbido somente o Poder Judiciário. Há funções jurisdicionais que são exercidas por outros órgãos (CF, art. 52, I) e há funções não jurisdicionais exercidas pelo Poder Judiciário (CF, art. 96).

São vários os escopos da jurisdição. Indagar a respeito deles e entendê-los significa possibilitar que a função jurisdicional e o processo sejam efetivos. Citam-se os três principais objetivos. O primeiro deles tem cunho jurídico, ou seja, preservar o ordenamento jurídico, zelar por sua observação. O segundo, social, representa as funções de pacificação social com justiça e de educação para o exercício da cidadania. A maior preocupação do Estado, neste sentido, não deve ser a grande quantidade de processos levados a juízo, mas sim o grande número de litígios que não são levados à apreciação do Poder Judiciário. Haveria, ainda, o escopo político que é a possibilidade de impor de modo coercitivo o cumprimento do ordenamento jurídico.

Existem diversas teorias que buscam explicar a natureza da atividade jurisdicional do Estado. Dentre elas, citam-se as lições de Chiovenda, Allorio e Carnelutti. O primeiro autor afirma que o Estado, e somente ele, possui o poder de aplicar a lei ao caso concreto, atividade esta que se denomina de jurisdição. As suas principais características são a substitutividade - o Estado substitui as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido para apreciação do Poder Judiciário¹² - e o escopo de atuação do direito (restabelecimento da ordem jurídica violada), cumprimento das normas de direito substancial. Através da atividade jurisdicional são satisfeitos os interesses da própria sociedade por paz e ordem. A principal objeção a esta teoria está relacionada ao caráter substitutivo atribuído por Chiovenda à atividade jurisdicional. Segundo os críticos, esta tese não explica a natureza jurisdicional

¹² Note-se que esta proposição possui, no processo civil, algumas exceções, como os casos de autocomposição e autotutela.

dos processos que discutem direitos indisponíveis, como o processo penal, e tampouco questões relacionadas à própria atividade do juiz, como as de suspeição e competência. Ademais, afirma-se que a aplicação do direito objetivo (substancial) não é uma atividade privativa da jurisdição, sendo também realizada por particulares quando exercem atividade realizadora do ordenamento jurídico (comportamento conforme a norma), tal como a observação dos preceitos imperativos no momento da elaboração de um contrato.

Allorio preceitua que a essência do ato jurisdicional está em sua aptidão de produzir coisa julgada. Em não havendo decisão de caráter imutável, não haveria jurisdição. Para esta teoria, a coisa julgada estaria relacionada com a declaração contida na sentença. A principal objeção que se faz é a de que não se pode definir a jurisdição por seu efeito. Outrossim, não se pode considerar apenas o processo declaratório como jurisdicional, olvidando-se do processo executivo, condenatório, constitutivo e mandamental. E mesmo que se considerasse somente o processo de eficácia predominantemente declaratória, é preciso ressaltar que também neste podem ter lugar formas procedimentais em que não ocorre a coisa julgada (como no caso de falta de condição da ação e de pressupostos processuais) e que há processos de incontestável jurisdicionalidade nos quais há ausência de coisa julgada, como no processo cautelar.

Para Carnelutti, a atividade jurisdicional significa a justa composição da lide, mediante sentença de natureza declaratória, não havendo atividade jurisdicional no processo executivo¹³. A jurisdição pressupõe um conflito de interesses: a pretensão de alguém e a resistência de outrem, tendo como escopo a pacificação dos conflitos de interesse. Como objeção, cita-se, como foi citado com relação à teoria de Allorio, que a formulação teórica de Carnelutti não procurou explicar o que é um ato jurisdicional, mas sim explicitar a sua função (dizer para que ele serve).

Entre as principais características da atividade jurisdicional incluem-se:

¹³ Formulação originária da doutrina de Carnelutti, que posteriormente passou a afirmar que o processo de execução é destinado a compor um conflito de interesse originado por uma "pretensão insatisfeita", sendo, pois, atividade jurisdicional.

- a existência de lide (conflito de interesses);¹⁴
- inércia (“nemo iudex sine actore”; “ne procedat iudex ex officio”): o exercício da jurisdição pressupõe uma prévia iniciativa das partes, ou seja, a provocação do titular do direito ou interesse protegido pela lei.¹⁵ O exercício espontâneo, pelo juiz, da atividade jurisdicional acabaria por fomentar conflitos e discórdias que talvez nem viessem a surgir. Ademais, ao tomar iniciativa de um processo, o juiz não conseguiria decidir com imparcialidade, pois acabaria se ligando emocionalmente à idéia contida no ato de iniciativa ¹⁶;
- coisa julgada (imutabilidade e irrevogabilidade do atos jurisdicionais): não podem os atos jurisdicionais ser revistos ou modificados (CF, art. 5º, XXXVI). Esta é uma característica exclusiva dos atos jurisdicionais;
- imparcialidade do juiz: posição deste como terceiro em face do conflito de interesses, estando em uma posição equidistante em relação às partes;
- inevitabilidade: a relação das partes com o Estado-juiz é uma relação de sujeição. A autoridade dos órgãos jurisdicionais independe da vontade das partes;
- inafastabilidade: todos devem ter acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXVII);
- indelegabilidade: é vedado a qualquer dos poderes, a não ser nos casos expressos na Constituição, delegar atribuições. Não podendo o magistrado, a seu critério e conveniência, delegar função a outro órgão, haja vista que atua não em nome próprio, mas como agente estatal;
- territorialidade: cada juiz exerce a sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição (o território do país é limite para a soberania estatal e, por conseguinte, para o exercício dos poderes dela decorrentes);
- investidura: a jurisdição somente será exercida por aquele que tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz.

¹⁴ Esta seria a característica essencial que distinguiria, segundo a posição dominante na doutrina brasileira, a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária. Nesta última não haveria litígio entre os interessados, sendo uma autêntica atividade administrativa realizada pelo juiz. Ex. emancipação, homologação da separação judicial.

¹⁵ A lei institui certas exceções à regra da inércia, como a declaração ex officio da falência de um comerciante, a execução trabalhista e o habeas corpus.

2. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1. ÔNUS DA PROVA

As partes devem não somente alegar, mas também – e principalmente – provar aquilo que afirmam, uma vez que o juiz deve julgar não de acordo com sua própria consciência (“secundum propriam suam conscientiam”), mas sim “secundum allegata et probata partium”.

O artigo 333 do CPC estabelece a regra geral quanto ao ônus da prova, dividindo-o de acordo com a posição processual que a parte assume. O autor, integrante do pólo ativo da relação, deve provar fato constitutivo de sua pretensão, ou seja, deve demonstrar a existência do fato que gera o seu direito. O requerido, em contrapartida, integrante do pólo passivo da relação processual, deve provar, caso alegue, os fatos impeditivos (aqueles que obstam um ou alguns dos direitos decorrentes da relação jurídica), modificativos (aqueles que alteram o que foi expresso no pedido) ou extintivos (que fazem cessar a relação jurídica original) relativos à pretensão do requerente.

Ônus é um encargo que alguém deve cumprir sob pena de prejudicar-se (sofrer as conseqüências jurídicas). É uma “conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso”.¹⁶ Diferentemente do dever, que acarreta uma sanção, o descumprimento de um ônus somente tem conseqüências processuais.

Este ônus de provar é dividido entre as partes, o que se justifica pelo princípio da equidade: só se pode exigir do autor a prova dos fatos que criam o direito pelo qual ele pede a tutela jurisdicional; só se pode exigir do réu as provas relacionadas à sua defesa. É de interesse da parte produzir as provas que

¹⁶ CINTRA, A., et al. Op. cit., p. 133.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues, et al. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, p. 180

lhe ajudem a obter uma decisão favorável à sua pretensão, recaindo, pois, o ônus da prova sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Isto, porém, não exclui a iniciativa probatória do juiz no que tange aos fatos controvertidos.

A determinação do ônus é importante não quando a prova foi realizada, uma vez que provados os fatos – não importando quem produziu a prova –, resta ao juiz aplicar o direito. O ônus é essencial quando a prova não foi produzida, pois aí o juiz necessitará de critérios sistemáticos para chegar a uma solução justa.

A ação de investigação de paternidade segue a regra geral quanto ao ônus da prova: incumbe ao autor provar fato constitutivo do seu direito de filiação. Se, durante a instrução do processo, o autor não conseguir demonstrar seu vínculo biológico com o requerido, a ação será julgada improcedente e não mais poderá ser intentada, uma vez que haverá coisa julgada. Mesmo que surjam novas provas, não poderá o autor propor novamente a ação, ao contrário do que ocorre na ação popular e nas ações coletivas reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Nestas, se houver decisão de improcedência por deficiência de provas, não haverá decisão de mérito e, por conseguinte, coisa julgada, podendo ser proposta outra ação com igual fundamento.

Se semelhante instituto pudesse ser aplicado às ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA, surgiriam três situações. A primeira seriam as ações julgadas improcedentes antes da utilização comercial (laboratorial) do exame de DNA. Nestes casos, o exame genético não existia no momento em que a ação foi proposta, sendo considerado como prova nova, justificando a repositura da ação, haja vista que a anteriormente julgada não pôde oferecer o grau de certeza possível através do exame de DNA. No que tange as ações decididas após a difundida utilização da técnica do DNA, duas outras possibilidades surgiriam: a da não realização do exame pericial por falta de condições econômicas das partes e não custeio deste pelo Estado; e a recusa à realização do exame de DNA. Quanto à primeira hipótese, o exame não poderia ser considerado prova nova, havendo discordância quanto à possibilidade de aplicação do instituto que prevê a não incidência de coisa julgada nas ações tidas

como improcedentes por deficiência de provas, haja vista que a prova era possível e não foi realizada. Quanto ao segundo caso, tratado no item subsequente, não haveria solução, uma vez que o entendimento prevalente na jurisprudência brasileira é no sentido de não ser o requerido obrigado a realizar o exame de DNA, havendo coisa julgada nas ações propostas. O problema maior surge em uma terceira situação, a das ações julgadas procedentes com base apenas em indícios e presunções, quer seja antes ou depois do acesso ao exame genético.

Decisões calcadas no ônus da prova geram uma maior instabilidade e insegurança sociais, já que a coisa julgada fica assentada em uma situação incerta, que, se fosse melhor investigada, poderia conduzir a um julgamento diverso. A circunstância de a parte não ter fornecido as provas necessárias para comprovar as suas alegações não significa que sejam estas afirmação falsas. Surge a problemática da conveniência política em se manter uma decisão injusta, decorrente de um processo regularmente desenvolvido no qual o autor não se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus probatório, ou de relativizar a coisa julgada material para que em face de melhores provas, a decisão judicial possa ser mais adequada à realidade dos fatos.

Permitir que a coisa julgada seja afastada somente nos casos de ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por ausência ou deficiência de provas, não parece ser a melhor solução, haja vista que não resolveria grande parte dos casos propostos nos Tribunais (ações julgadas procedentes com base em presunções ou ficções jurídicas). “Em ações de investigação de paternidade, a prova terá que ser robusta, pois a paternidade apenas possível não pode ser sinônimo de paternidade concreta, judicialmente comprovada por critérios objetivos. Só o conjunto uniforme de elementos seguros pode levar à declaração de filiação contestada, pois, se é desumano não ter o filho direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente”.¹⁸ Somente através da produção de todas as provas (documental, testemunhal e, principalmente, pericial) poderá ser esclarecido se o investigado é ou não pai biológico do investigante.

¹⁸ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**, p.56.

2.2. O EXAME DE DNA

A sigla DNA (ou ADN, na tradução para o português) representa a molécula do ácido dexoxiribonucleico, que contém o código genético de cada indivíduo, determinado pela sua herança cromossômica. James Watson e Francis Crick, em 1953, publicaram um artigo no qual foi descrita, pela primeira vez, a estrutura em hélice do DNA. Em 1985, Alec Jeffreys descobriu que as seqüências de combinações químicas contidas no DNA possibilitavam a identificação e diferenciação dos indivíduos, pois, à exceção dos gêmeos monozigóticos, cada pessoa possui uma seqüência distinta de cromossomos.

O advento e a popularização do exame de DNA representou um marco importante nas ações de investigação de paternidade. É este método considerado, hodiernamente, o mais adequado para a determinação do vínculo genético, com 99,98% de precisão e certeza quanto à paternidade. Antes do DNA, todos os exames conhecidos permitiam oferecer certeza apenas quanto à exclusão do vínculo.

Este exame pode ser realizado a partir de, praticamente, qualquer tecido do corpo (raiz de cabelo, sangue, saliva, sêmen), uma vez que todas as células possuem o mesmo núcleo de DNA e basta uma quantidade mínima destes tecidos. Como avanços neste exame pericial, destacam-se a investigação com pai falecido (podendo-se utilizar pessoas vivas da mesma família ou exumar o corpo, buscando-se o DNA viável na medula óssea de um osso longo, geralmente o fêmur); a investigação intra-útero (pode ser feita a partir da oitava semana de gestação, utilizando-se o líquido amniótico ou um fragmento da placenta); e a utilização da saliva, ao invés do sangue, dispensando a punção com agulha, ideal para crianças pequenas.¹⁹ “Em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de investigação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir. Para muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA”.²⁰

¹⁹ Dados colhidos do Laboratório Diagenix, in <<http://www.diagenix.com.br>>.

²⁰ Ayush Morad Amar, citado por WELTER, Belmiro, Op. cit.

A certeza e confiabilidade científicas do exame de DNA encontram um único e importantíssimo obstáculo: a recusa do suposto pai em entregar o material necessário para o teste. A jurisprudência dos Tribunais brasileiros é praticamente unânime ao decidir que ninguém pode ser obrigado, sem seu expreso consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica.²¹ Estas decisões geraram uma série de discussões, à medida que havendo dois direitos subjetivos em conflito, o da pessoa à sua real identidade e o do suposto pai à incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da pessoa humana: a um porque basta um fio de cabelo ou um pouco de saliva para realização do exame; a dois porque a integridade física, neste caso em particular, configura interesse individual, enquanto a determinação da paternidade é de inquestionável interesse público.²²

Como o entendimento prevalente proíbe a obrigatoriedade de realização do exame, a recusa do suposto pai à realização da perícia tem sido entendida majoritariamente pela jurisprudência como indício probatório desfavorável ao réu e não como confissão. Muitos entendem que, em caso de recusa, evidencia-se a presunção hominis (art. 335 do CPC) de ser o réu o pai da criança, alegando que se não fosse o acusado o pai natural, não existiria motivo para temer qualquer tipo de exame, a não ser a intenção de esconder a realidade dos fatos.

Quanto à questão de o indeferimento, pelo juiz, da realização do exame de DNA configurar cerceamento de defesa, há dois entendimentos. O primeiro afirma que, em havendo provas cabais em relação à existência do vínculo de filiação, o exame seria desnecessário. Neste sentido:

Apelação Cível – Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos – Cerceamento de Defesa – Pedido de exame de DNA – Indeferido – Exame hematológico pelo método Landsteiner e Winer – Resultado positivo com possibilidade de 85% - Nulidade rejeitada – *Exceptio plurim concubentium* não comprovada – Existência de

²¹ RJTJESP 99/158, 110/319, 111/350, 112/368; RT 633/70.

²² Esta questão está posta apenas a título ilustrativo. Para melhores esclarecimentos, ver o artigo de Maria Celina Bodin de Moraes, Recusa à realização do exame de DNA na investigatória de paternidade e direitos da personalidade, in **A nova Família: problemas e perspectivas**.

concubinato durante a gravidez – Declaração escrita admitindo a filiação - ... – Improvida. Não constitui cerceamento de defesa a negação do pedido de exame de DNA, se já, pelo exame hematológico, através do método Landsterner e Winer, foi revelada a possibilidade de 85%, que, juntamente com a não provada *exceptio plurium concubentium* e a declaração de reconhecimento trazida aos Autos, comprova a paternidade (TJMS, 3ª Turma Cível, ac. n.º 27.261-7/01, rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 24/08/94)

O segundo entendimento é de que sendo o exame imprescindível para a solução da lide, deverá ser efetuado sob pena de cerceamento de defesa, ainda que a parte seja beneficiária da assistência judiciária gratuita. Neste sentido:

Ação de Investigação de paternidade – Exame finger print DNA imprescindível para a solução da lide requerida pela parte beneficiária da assistência judiciária – honorários do perito – obrigação do Estado de suportar as despesas. (TJMS, 1ª Turma Cível, ac. n.º 40.950-7, rel. Des. Helvécio Chaves Martins, julgado em 13/12/94).

Na verdade, mais do que a questão do cerceamento de defesa, deve-se pensar que negar o exame de DNA significa negar a certeza com relação à paternidade biológica e basear a decisão em presunções desnecessárias, haja vista a confiabilidade do exame genético.

2.3. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

O art. 472 do CPC regula os limites subjetivos da coisa julgada. É pacífica a orientação de que estes limites, por regra, estão restritos às partes integrantes da relação jurídica processual.²³ Portanto, para que alguém seja atingido pela autoridade da coisa julgada material, deve necessariamente ter

²³ Em regra porque, atualmente, a projeção subjetiva da coisa julgada está relacionada com o direito afirmado. Por exemplo, se for um direito individual heterogêneo, a coisa julgada se limitará às partes; se for individual homogêneo, como nas relações de consumo, será *erga omnes* e, nos casos de procedência, *secundum eventum litis*; se for coletivo, como em algumas relações de consumo, a coisa julgada se estenderá *ultra partes*; se for difuso, como nas ações populares e de consumo, será *erga omnes*.

integrado a relação jurídica processual. No entanto, é inquestionável que terceiros possam ser atingidos pela eficácia natural da sentença, concretizadas através de determinados efeitos. Os terceiros juridicamente interessados, titulares de relação jurídica conexas ou dependentes da principal, embora também não sujeitos à autoridade da coisa julgada, são juridicamente atingidos por outro fenômeno, definido como eficácia reflexa da sentença e não apenas a sua eficácia natural, na medida em que esta produz apenas efeitos fáticos e não jurídicos.

Dúvidas surgem com a leitura da segunda parte do artigo sob exame, que trata das causas relativas ao estado das pessoas – nas quais se inserem as discussões acerca da paternidade – sugerindo a possibilidade de que terceiros, atendidas as exigências de citação de todos os interessados, venham a ser atingidos pela autoridade da coisa julgada.

O leitor tem a impressão de ser este o preceito legal: ‘a sentença produz coisa julgada somente em relação às partes do processo; nas causas relativas ao estado das pessoas, porém, produz coisa julgada também em relação à terceiros’. Tal ilação, no entanto, afigura-se falsa; a segunda parte da disposição em exame exprime o mesmo princípio inscrito na primeira, a qual soluciona por si só todas as hipóteses, incluídas as causas sobre o estado das pessoas. Realmente, lendo-se a segunda proposição contida na disposição comentada, porém, com outra redação, chegar-se-ia a este resultado: ‘nas causas relativas ao estado da pessoa, a sentença produz coisa julgada aos interessados entre os quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros’ (isto é, outros interessados que não houverem sido citados no processo).²⁴

Ninguém pode ser constrangido a sujeitar-se à autoridade da coisa julgada surgida em processo em que não teve participação. Isso ofenderia o direito de ação, garantia constitucional. Se algum indivíduo fosse atingido pela autoridade da coisa julgada surgida entre terceiros (*inter alios*), ou seja, em processo no qual não tenha participado, sofreria lesão em seu direito individual à apreciação de lesão ou ameaça de lesão pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CF). Vale lembrar, no entanto, a afirmação de Liebman de que nem todos os prejudicados pela sentença têm a faculdade de repelir-lhe o efeito, o que será

²⁴ ARAGÃO, Egas Moniz. *Op. cit.* p. 315.

possível somente para os que são titulares de direito incompatível com a sentença e por ela são, pois, juridicamente prejudicados.²⁵

Na ação de investigação de paternidade, os efeitos da sentença atingem todos os parentes do investigado, mesmo que estes não tenham integrado a relação jurídica processual. São o que se denomina de efeitos reflexivos da coisa julgada (decorrentes do direito que ela declara). O direito de estado é, por sua própria natureza, um direito reflexivo. Não é a coisa julgada material, mas sim o direito material declarado na sentença, que atingirá todos os parentes do investigado, seja no aspecto econômico (existência de mais um herdeiro e possível beneficiário de pensão alimentícia), seja no aspecto pessoal (relações de parentesco, por exemplo, o pai do investigante se tornará avô do investigado). Entretanto, aquele que não participou da relação processual poderá insurgir-se contra a decisão que declarou a paternidade. Poderá, pois, o terceiro que se julga o verdadeiro pai, propor ação para que seja declarada a sua paternidade e anulado o registro de nascimento efetuado com base em uma sentença anterior. Como afirma a jurisprudência pátria, “a sentença que dá pela procedência da ação de investigação de paternidade não faz coisa julgada contra terceiro que, não tendo sido parte no processo, alega ser o verdadeiro pai e move declaratória visando à nulidade e reforma do assento de nascimento feito com base na sentença da investigação”.²⁶ Não se faz necessário que o terceiro proponha ação rescisória, visto que não é atingido pela coisa julgada, nem faz sentido falar-se, nesta hipótese, em relativização do julgado, haja vista tratar-se de relação processual distinta.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. Op. cit.

²⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. Op. cit. , citando Theotônio Negrão, p. 215.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À COISA JULGADA E À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

3.1. SEGURANÇA JURÍDICA

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já consagrava, em seu artigo 2º, a segurança como um direito natural e imprescritível. Em verdade, a idéia de segurança, principalmente no que tange ao ordenamento jurídico e sua aplicação, está presente em todos os Estados Democráticos de Direito, haja vista que constitui um de seus principais fundamentos.

A Constituição Federal Brasileira positivou, em seu artigo 5º, a segurança jurídica como um direito individual. A coisa julgada (e a idéia de segurança jurídica por ela encampada) é garantia constitucional, direito fundamental que, em razão do disposto no art. 60 da CF, é considerado como cláusula pétrea.

O Prof. Luís Roberto Barroso²⁷, em ensaio a respeito da segurança jurídica, traça cinco idéias com relação ao seu conceito:

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na autoridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da nova lei;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Ao presente ensaio, interessa o estudo da segurança jurídica como sinônimo de estabilidade das relações jurídicas – das decisões judiciais –, traduzida no sistema positivo brasileiro através do instituto da coisa julgada.

A autoridade da coisa julgada é decorrente de uma opção política feita pelo sistema: a partir de determinado momento, a decisão judicial deverá se tornar indiscutível, sendo justa ou injusta, estando correta ou não. O instituto da coisa julgada é obrigatório em qualquer sistema. É necessário que o Poder Judiciário tenha uma resposta final, o que não significa, obviamente, a satisfação dos litigantes, pois se fosse possível às partes litigarem indefinidamente, elas o fariam, exigindo nova apreciação a cada derrota.

O principal escopo da coisa julgada é o de dar estabilidade às relações jurídicas, impedindo que as questões levadas a Juízo sejam permanentemente discutidas, gerando instabilidade social e impossibilitando a pacificação das controvérsias. Mas será que a sentença manifestamente injusta, em desconformidade com a realidade, é capaz de gerar a segurança pretendida pela coisa julgada? A resposta parece ser negativa.

A verdadeira segurança jurídica decorre não da decisão de mérito em si, mas sim da maneira como a sentença foi obtida, do modo como o órgão julgador atingiu determinado resultado. Ou seja, para se oferecer a segurança pretendida pela sociedade, não bastam decisões calcadas em presunções ou ficções jurídicas. Quando se é possível a realização de provas que se aproximem ao máximo da certeza, somente no momento da realização destas é que as partes poderão obter a paz pretendida, estando seguras de que a decisão foi baseada em fatos concretos e não em meras abstrações ou construções teóricas.

O valor da segurança jurídica, assim como o dos demais princípios constitucionais, não pode ser tido como absoluto. Deve ser compatibilizado com outros valores de mesmo ou maior grau de importância, como a dignidade da pessoa humana e a justiça das decisões. O Estado há de fazer uma opção política, levando em consideração a conveniência de se manter uma decisão

injusta, porque decorrente de um processo regularmente desenvolvido ou de possibilitar a relativização da coisa julgada, aproximando ao máximo a decisão da realidade dos fatos e, por via reflexa, elevando o grau de legitimação social das soluções judiciais.

Não se pode olvidar a posição de autores como José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior que defendem que, muito embora o instituto da coisa julgada esteja expressamente previsto na Constituição Federal, sua intangibilidade, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, ou seja, que a coisa julgada, de modo algum, está imune ao princípio de observância da Constituição e de todos os seus princípios e garantias fundamentais. Não pode ser considerada como absoluta. O art. 5º, XXXVI deixa claro que está a coisa julgada somente imune aos efeitos da lei nova. Esta é a regra que adquiriu foro constitucional. O restante é matéria objeto de legislação ordinária. Como salienta Humberto Theodoro Júnior²⁸:

... o princípio da intangibilidade da coisa julgada, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isto significa, ... , que ele é, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro, como se dá em Portugal, a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da segurança jurídica presente na Constituição Federal pode, pois, ser interpretado de maneira ampla ou restrita. Naquela interpretação, seria a coisa julgada – e sua intangibilidade – princípio constitucional. Sua relativização dependeria de uma análise de proporcionalidade e razoabilidade, verificando-se no caso concreto, quando ocorrer colisão entre princípios constitucionais, qual deverá prevalecer. Na interpretação restrita, ao revés, a intangibilidade da coisa julgada é tratada como valor inferior aos demais princípios constitucionais, sendo que, presente a ofensa a qualquer preceito constitucional,

²⁸ **Coisa Julgada Inconstitucional**, p.141.

deve a coisa julgada ser afastada, sem qualquer indagação a respeito da prevalência entre princípios constitucionais.

3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira estabelece, entre os princípios constitucionais fundamentais basilares da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Constituições dos mais diversos países, feitas por diferentes concepções políticas e sociais, também proclamam e definem a dignidade humana como núcleo fundamental de seus ordenamentos jurídicos.

Todos os homens e mulheres são iguais em dignidade. Esta, pois, não admite qualquer discriminação em razão do nascimento, raça ou sexo, opiniões ou crenças. É independente da idade, inteligência ou saúde mental; bem como da situação em que se encontre o indivíduo e de suas qualidades e também de sua conduta ou comportamento.²⁹ O ser humano é digno pelo fato de ter esta condição e deve ser respeitado como tal.

Este princípio é o núcleo central de todos os direitos fundamentais. A dignidade humana é o fundamento último do Estado brasileiro. Todos os demais, mencionados no art. 1º da Constituição Federal, são meros desdobramentos daquela. Os seres humanos em sua totalidade e cada um individualmente considerado devem estar na base de qualquer mecanismo de convívio social. Como afirma Flávia Piovesan³⁰:

... o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que

²⁹ PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*, p.25.

³⁰ *Temas de Direitos Humanos*, p.34.

incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

O próprio Estado se erige sob a noção de dignidade da pessoa humana, tanto que um de seus mais importantes fins é o de propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas. Portanto, o Estado não só tem o dever de respeitar a dignidade do indivíduo, mas também tem a responsabilidade de promover condições para que ela seja possível, removendo todos os impedimentos para que ela seja exercida com plenitude.

É válido ressaltar, como o fez José Afonso da Silva³¹, que:

... a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a em um valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.

Após o advento dos regimes totalitários, tornou-se imprescindível o reconhecimento de valores superiores ao ordenamento positivo, que condicionam a sua validade e legitimidade. No entanto, não basta tão somente afirmar a existência destes valores. Há também que se fixar o seu conteúdo. Como bem afirma o Prof. EDUARDO TALAMINI³²:

... isso não significa mero retorno a um jusnaturalismo tradicional, segundo o qual haveria uma ordem superior de leis absolutas e imutáveis, continentes de um rol de “direitos naturais”, a serem descobertas e aplicadas ao direito positivo. Primeiro porque a própria variação do elenco e da hierarquia dos direitos fundamentais, no curso dos séculos, indica a implausibilidade de uma tal ordem eterna e rígida. Depois porque a própria concepção de direito natural, em certo sentido, saiu-se enfraquecida das experiências totalitárias. Ficou claro que, assim como o jusnaturalismo pode funcionar como uma crítica ao direito positivo, apontando o que é justo ou não, pode também servir – quando manipulado ao extremo – como embasamento transcendental de um

³¹ **Poder Constituinte e Poder Popular** – estudos sobre a constituição, p. 146.

³² **Dignidade Humana, soberania popular e pena de morte**. Revista Trimestral de Direito Público, n.º 11, p. 185.

Direito eventualmente absurdo. Foi exatamente o que se deu no nazismo.

Fixar o conteúdo do princípio da dignidade humana, no entanto, não é uma tarefa fácil, haja vista que o próprio termo “dignidade” é difícil de ser definido. Nem sempre se pode determinar quais os comportamentos que são lesivos a este princípio. Entretanto, no caso concreto, será possível identificar situações nas quais a dignidade da pessoa humana está sendo violada. Uma destas hipóteses de atentado a este princípio ocorre quando se impede o indivíduo de buscar a sua paternidade, quando lhe é negado o direito de ser reconhecido pela sociedade como filho de tal pessoa, quando se lhe acaba por negar o direito a sua própria identidade. Deve-se ressaltar que dignidade, nestes casos, significa o conhecimento da identidade verdadeira – e não presumida – dos progenitores, possível atualmente através do exame de DNA.

Conhecer a sua história genética possibilita, entre outras coisas, o impedimento do incesto; a aplicação dos impedimentos matrimoniais; a previsão e afastamento das enfermidades hereditárias; a utilização do sobrenome familiar e, por conseguinte, da sua história e reputação; o exercício do pátrio poder; o exercício de direitos patrimoniais e sucessórios.

É direito fundamental para todo o ser humano ser reconhecido como pessoa, como um ser peculiar, distinto dos demais. Os indivíduos têm o direito de conhecer as próprias origens (genéticas, sociais e culturais). A paternidade e a maternidade representam uma das únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de sua procedência. Privar o homem de conhecer a sua história é o mesmo que considerá-lo como uma coisa.

A dignidade da pessoa humana orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade; é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do Direito. No Direito Civil, a maior expressão deste princípio está nos chamados direitos da personalidade. Estes são conceituados como direitos subjetivos que visam proteger os bens e valores essenciais da pessoa no aspecto físico (como o direito à vida), moral (como o direito à identidade) e intelectual

(como o direito à liberdade de pensamento).³³ Qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado, desde que sejam essenciais ao pleno e livre desenvolvimento de sua individualidade.

Os direitos da personalidade são construções teóricas recentes. Não podem ser enumerados taxativamente, uma vez que o objeto de tutela destes direitos é o indivíduo globalmente considerado, sua dignidade, onde quer que ela se manifeste. No momento em que o legislador optou por uma cláusula geral de tutela, reconheceu que a eficácia destes direitos somente é atingida se lhes for conferida uma proteção ampla. A personalidade deve ser protegida integralmente, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição brasileira.

Algumas das características dos direitos da personalidade são definidas de modo uniforme pela doutrina: são direitos essenciais, inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham por toda a sua existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis e inseparáveis do titular, ou seja, são direitos personalíssimos. Com base nisso, o artigo 27 da Lei 8.069/1990 estatuiu de forma explícita que:

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. (sem grifos no original)

O progresso científico e tecnológico, como a descoberta do exame de DNA, suscitam diversos novos aspectos no que tange à constituição da personalidade, exigindo do Direito respostas adequadas.

De nada adianta a Constituição definir como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade humana se o Estado se negar a reconhecer a verdadeira filiação do indivíduo. Afinal, não existe coisa mais indigna do que negar a uma pessoa o direito de saber quem ela é, qual foi a sua origem, qual é o seu vínculo biológico e do que recusar o reconhecimento público desta ligação. A filiação reflete, sim, na própria identidade do ser humano, na sua visão

³³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**, p.237

como pessoa, como uma parte importante do todo, da sociedade. Saber a verdade sobre a sua paternidade é um direito humano que merece respeito, não podendo ser frustrado por nenhuma lei, decisão judicial ou instituto jurídico.

4. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

4.1. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SOLUÇÃO

Os princípios constitucionais são subsídios importantes para as decisões do Poder Judiciário, principalmente para as relacionadas com valores fundamentais do ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica³⁴. No exercício dos direitos constitucionalmente assegurados, poderá haver colisão. É o que ocorre nas ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA, nas quais entram em conflito a coisa julgada e a dignidade do ser humano.

Quando dois princípios colidem, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido (como ocorre no conflito de regras), mas sim que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância que o outro. Não existem direitos absolutos, no sentido de ilimitados. Os princípios constitucionais são relativos, seu conteúdo se delinea nas relações que travam com outros bens jurídicos. Essa colisão não será solucionada com a supressão de um em favor do outro, mas através da consideração do peso ou da importância relativa de cada um, a fim de escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá a menor restrição.

Ao se verificar a existência de uma colisão de princípios fundamentais, proceder-se-á a uma ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver o conflito através do mínimo sacrifício dos direitos afirmados, ou seja, deve-se restringir o mínimo possível os direitos conflitantes e, quando houver preferência por um princípio, não se deve aniquilar totalmente o outro, mas sim lhe preservar um mínimo irreduzível, chamado pela doutrina de núcleo essencial. Este método é conhecido como ponderação dos direitos e bens constitucionalmente

³⁴ Entendendo-se esta de maneira ampla, como estabilidade das decisões judiciais não somente no que tange à lei nova.

envolvidos. Destaca-se, neste sentido, o princípio da proporcionalidade, que significa que deve haver uma relação harmônica entre duas grandezas, deve-se proceder à obtenção de um possível equilíbrio entre os valores que envolvem o direito posto em causa. Necessário será, para tanto, após uma ponderação entre os valores em jogo, a prevalência de um sobre o outro.

A ponderação de bens jurídicos no caso concreto pode suscitar inúmeros problemas. O juízo inteiramente livre do intérprete, sem qualquer apoio em princípios metodológicos, poderia conduzir a resultados incontroláveis. A partir dessa crítica, muitos autores concluíram que só seria legítima uma ponderação de valores a partir do momento em que o legislador estabelecesse um critério racional, passível de controle. Entretanto, há que se levar em consideração que, quando o intérprete pondera valores em caso de conflito entre princípios constitucionais, ele estabelece a preponderância de um sobre o outro, atribuindo um peso maior a um deles. Essa ponderação somente é possível através da análise da situação presente no caso concreto, não sendo viável o estabelecimento de regras rígidas e hipotéticas. Cada situação fática de colisão entre valores e princípios constitucionais apresenta características peculiares que condicionarão a preponderância de um direito sobre outro ou vice-versa. A rigor, não há nenhum valor constitucional que seja superior a outro. Somente mediante a ponderação desses bens em um caso concreto pode-se chegar a um resultado restritivo.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto no corpo da Constituição Federal. Disso não se pode aferir, porém, que não possui dignidade constitucional, haja vista que esta deriva da própria força normativa dos direitos fundamentais. Este princípio é consagrado pela jurisprudência pátria, entretanto há setores da doutrina que recusam a sua aplicabilidade sob diversos argumentos, entre eles o de que a sua constante utilização poderia provocar uma demasiada intervenção do Poder Judiciário na esfera Legislativa, representando uma ameaça ao princípio da separação de poderes e que também representaria uma ameaça à segurança jurídica, haja vista que a busca por uma decisão materialmente justa no caso concreto conduziria a

um relativismo na aplicação da lei. Mesmo que se admita que a não aplicação do princípio da proporcionalidade com as devidas cautelas poderia gerar algumas injustiças, há que se concordar que é muito mais injusta a aplicação automática e indiscriminada da lei, sem levar em consideração os interesses tutelados. O papel do Poder Judiciário é justamente o de confrontar a lei com um problema concreto e encontrar uma solução justa para o caso.

Há que se entender que nas relações entre titulares de direitos fundamentais, é possível que condutas antagônicas estejam protegidas por diferentes normas, surgindo uma colisão. Quando há conflito, não é possível que dois titulares exerçam total e simultaneamente direitos fundamentais antagônicos no caso concreto. Diante deste, admite-se a ponderação dos princípios, objetivando o alcance da harmonia entre os vários valores que encerram.

Quando são repropostas as ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA surge uma colisão entre o princípio da dignidade humana (o direito da pessoa de saber a sua origem) e o da segurança jurídica (imutabilidade das decisões proferidas). Nesta situação,

... de nada adianta canonizar-se o instituto da coisa julgada em detrimento da paz social, já que a paternidade biológica não é interesse apenas do investigante ou do investigado, mas de toda a sociedade, e não existe tranquilidade social com a imutabilidade da coisa julgada da mentira, do engodo, da falsidade do registro público, na medida em que a paternidade biológica é direito natural, constitucional, irrenunciável, imprescritível, indisponível, inegociável, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, genuíno princípio da dignidade humana elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II). E esse direito natural e constitucional de personalidade não pode ser afastado nem pelo Poder Judiciário, nem pela sociedade, nem pelo Estado, porque, parafraseando Humberto Theodoro Júnior, se queremos uma sociedade de pessoas livres, não se pode colocar a segurança da coisa julgada acima da justiça e da liberdade, porque um povo sem liberdade e sem justiça é um povo escravo, devendo ser entendido que 'mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos

na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade'.³⁵

Ao fazer prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e permitir que sejam repropostas as ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA, não se está afastando a segurança jurídica, mas sim oferecendo uma segurança ainda maior às partes: uma coisa julgada aliada com a verdade material, ou seja, uma decisão materialmente justa e digna.

4.2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: CONSEQÜÊNCIAS E FORMAS DE IMPUGNAÇÃO

Para uma decisão ser constitucional, não basta que ela esteja baseada em algum dos preceitos inseridos na Carta maior. A Constituição – e todas as demais regras infraconstitucionais – devem ser interpretadas de forma sistemática, como um todo dotado de coerência, interdependência e hierarquia. Os valores fundamentais nela inseridos, dos quais os mais importantes são a dignidade da pessoa humana e a justiça, devem ser premissas de observância obrigatória no momento da prolação das decisões judiciais.

A razão de existir do sistema jurídico, bem como a sua legitimidade, estão baseados na pessoa humana e no intuito de regulação de seu comportamento. As sentenças proferidas em desconformidade com os valores fundamentais do ordenamento – como a dignidade e a justiça – são ilegítimas e, por que não, inconstitucionais, haja vista que a Constituição possui um conjunto de regras que não são independentes, mas que devem ser interpretadas como um todo harmônico e coerente.

Quando valores como a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana colidem, no momento em que o intérprete opta pelo prevalecimento daquela e afastamento da dignidade, estará proferindo uma decisão em desconformidade com a Constituição Federal. Isto porque a dignidade

³⁵ WELTER, Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*.

está inserida no art. 1º, III da Carta Magna brasileira como princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil. Dignidade esta que nenhuma Corte poderá frustrar, sob pena de estar ferindo a Constituição.

As sentenças proferidas em desconformidade com a Constituição – como aquelas que declaram a paternidade com base em apenas ficções jurídicas e presunções – são nulas. De acordo Carlos Valder Nascimento³⁶, não sendo possível a substituição dos fatos e das idéias contidas na sentença com carga lesiva à ordem jurídica, deve ser decretada a sua nulidade. Para este autor, não haveria por que se pensar que a decisão jurisdicional é intocável, relegando a regra geral segundo a qual todos os atos estatais, de todos os Poderes, são passíveis de desconstituição. Assim como as atividades Legislativa e Executiva, a Judiciária também deve submeter seus atos ao crivo da Constituição Federal. Em suas palavras:

A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desdobrar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir, sem que contra a mesma se imponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças.³⁷

Os atos judiciais não são, pois, absolutos. Todas as decisões proferidas em desconformidade com a Constituição, independentemente de já haver sido formada a coisa julgada, são nulas. Sendo, pois, nulas estas sentenças contrárias à Carta Magna, qual seria o melhor meio para se obter uma nova decisão, para decretar a sua nulidade?

Segundo o professor Cândido Dinamarco, uma vez aceita a tese da relativização da coisa julgada, encontrar um remédio processual adequado para o afastamento do caso julgado não é muito difícil. Conforme as lições deste ilustre mestre³⁸:

³⁶ **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

³⁷ *Ibid.*, p.14.

³⁸ *Ibid.*, p.69.

A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática,... Tomo a liberdade de tornar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

Esse grande leque de possibilidades, porém, pode gerar graves conseqüências. É certo que, em um país no qual se pratica o controle difuso da constitucionalidade, não há como rejeitar a possibilidade de que cada juiz, no caso concreto, verificando a não observância de preceito constitucional, possa relativizar a coisa julgada. Entretanto, a existência de uma ação autônoma, com requisitos próprios, evitaria o cometimento de abusos por parte tanto dos litigantes (que podem se utilizar do argumento de relativização da coisa julgada somente para procrastinar o feito), quanto dos magistrados (que, por conveniência, poderiam sempre modificar entendimento anteriormente exarado).

Sendo nula a sentença inconstitucional, poder-se-ia, contra ela, propor uma ação declaratória de nulidade da sentença, baseada na *actio querela nullitatis insanabilis*. As sentenças nulas por vício de inconstitucionalidade não podem ser convalidadas.

A *querela nullitatis* foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res iudicata*, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de achar-se contaminada de vício que a inquinasse de nulidade, visando a um *incidenter rescinders*. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa. A decisão judicial impugnada de injustiça, desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Nesse caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento de ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido.³⁹

³⁹ Ibid., p.25.

A relativização do instituto da coisa julgada deve ser sempre uma exceção e jamais a regra geral. Situações extraordinárias – como injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – devem ter um tratamento diferenciado. Não se pode condenar as partes a uma eterna injustiça em nome da segurança jurídica. A existência de meios processuais que possibilitem o afastamento da coisa julgada não significa a desnecessidade do instituto, ao contrário, contribui para o seu aperfeiçoamento.

Certo é que a propositura de uma ação autônoma com o intuito de declarar a nulidade da sentença não representa a única forma possível para relativização dos julgados. Todavia, parece prudente, haja vista o caráter excepcional que deve revestir o afastamento da coisa julgada, que sejam estabelecidos alguns critérios, sob pena de a exceção tornar-se regra.⁴⁰ Ademais, em nome do princípio da economia processual, esta ação autônoma, além de deconstituir o julgado anterior, deve ser apta a produzir uma nova decisão que substituirá a primeira.

4.3. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Analisando as decisões dos Tribunais, percebe-se, primeiramente, a prevalência da idéia de segurança jurídica:

ACÇÃO NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA.

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força de coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as

⁴⁰ Por exemplo, no caso das ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA, o exame genético seria um dos requisitos básicos para o processamento da ação.

comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. (STJ, **Recurso Especial 107.428/GO, Terceira Turma, rel. Ministro Menezes Direito, DJ 29/06/1998**).

Decisões mais recentes, no entanto, já declaram expressamente o afastamento da coisa julgada, mas somente nos casos das ações julgadas improcedentes por deficiência de provas, nas quais não houve nem a afirmação nem a exclusão da paternidade.

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.

1. 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 de 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.

2. 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.

3. 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’.

4. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. (STJ, **Recurso Especial 226436/PR, Quarta Turma, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/06/2001, DJ 04/02/2002**).

PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269-I, CPC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito.

II – Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, ‘o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes’. Assim, ‘se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência’.

III – Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp. n. 226.436-PR, DJ 04/02/2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado – investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada. (STJ, **Recurso Especial 330172/RJ, Quarta Turma, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18/12/2001, DJ 22/04/2002**).

Se inicialmente os Tribunais demonstraram algum receio em afastar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade decididas sem o exame de DNA, hoje já se pode observar um grande avanço. Entretanto, a questão da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade ainda tem que ser discutida. Como dito no item 2.1, que trata da análise do ônus da prova, afastar a coisa julgada nas hipóteses de julgamento de improcedência por deficiência de provas resolve muitos casos, mas não todos. Como ficam as ações julgadas procedentes com base apenas em parcos indícios e presunções quando através do exame de DNA se pode atingir a certeza? Pode o Poder Judiciário se negar a responder a um questionamento tão importante para o ser humano: a sua identidade, sua história, sua origem? Pode se recusar a oferecer a certeza e exigir que as pessoas se contentem com meras presunções? A resposta parece ser negativa.

Quando se está diante de uma questão tão complexa como a do afastamento da coisa julgada, qualquer espécie de generalização pode ser perigosa. Nem sempre ela deve ser relativizada. Aliás, a relativização deve ser uma exceção⁴¹. Cada caso há de ser analisado individualmente, tendo-se em conta sempre a espécie de pretensão que está sendo discutida (a presente análise tratou de uma questão de estado, de suma importância) e a possibilidade de se atingir a verdade real, sem que haja supressão de qualquer direito fundamental.

Se for para o operador jurídico optar entre a coisa julgada e a Justiça, sem dúvida nenhuma, deve optar por esta. Em não procedendo desta maneira, o Poder Judiciário estará se esquivando do cumprimento de sua função precípua: a de atender com justiça os conflitos surgidos no seio da sociedade.

⁴¹ Por exemplo, não haveria sentido em relativizar a coisa julgada e permitir uma nova ação ao pai que, em ação investigatória julgada procedente, recusou-se a realizar o exame de DNA, tendo condições econômicas para tal e não demonstrou, na segunda pretensão, qualquer indício de que a paternidade reconhecida pela sentença não corresponde à realidade. Nesse caso, em que não há senão uma suspeita sem fundamento de que a sentença seria incorreta, não há sentido em reabrir a fase probatória àquele que nada fez de útil para a busca da verdade.

CONCLUSÃO

Não há como se pretender que qualquer ciência seja estanque. A cada momento são realizadas no mundo inúmeras novas descobertas que podem revolucionar o dia-a-dia dos povos. A evolução das técnicas implica uma série de outras transformações em todas as ciências, inclusive na jurídica. Se bem utilizados, estes descobrimentos podem servir como ferramentas importantes para o escopo fundamental do Direito: o alcance da justiça.

O exame de DNA possibilitou um grande avanço para o direito de família. A paternidade biológica, para ser declarada, não mais necessita de presunções ou ficções jurídicas. Pode-se atingir a certeza. A verdade real deixou de ser uma busca ideal para tornar-se algo ao alcance de todos. Entretanto, alguns obstáculos ainda devem ser transpostos, como a obrigatoriedade de realização do exame genético e a possibilidade de repositura de ações de investigação de paternidade decididas sem o DNA.

Entretanto, nenhum conceito ou instituto jurídico pode sobrepor-se à Justiça e à Dignidade Humana. Ao revés, os institutos jurídicos devem ser sempre adaptados à realidade que pretendem regular. De nada adianta, em nome da manutenção do sistema, sacrificar sua legitimidade, sua razão de existir: o SER HUMANO. Ele é o cerne do Direito, que existe para regular a sua conduta e possibilitar a pacificação dos conflitos surgidos.

É preciso que se reconheça a toda e qualquer pessoa a sua condição como sujeito de Direito, assegurando-lhes seu direito à vida, às suas origens, à sua identidade. De nada adianta a Constituição definir como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade humana se o Estado se negar a reconhecer a verdadeira filiação do indivíduo. Afinal, não existe coisa mais indigna do que negar a uma pessoa o direito de saber a sua procedência, a sua origem, o seu vínculo biológico e do que recusar o reconhecimento público desta ligação. A filiação reflete, sim, na própria identidade do ser humano, na sua visão como pessoa, como uma parte importante do todo, da sociedade. Saber a

verdade sobre a sua paternidade é um direito humano que merece respeito, não podendo ser frustrado por nenhuma lei, decisão judicial ou instituto jurídico.

Se é certo que a coisa julgada é uma garantia importante para proteger as situações já consolidadas, mais certo é que ela deve amoldar-se a outros imperativos, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes a serem consagradas do que a imutabilidade do julgado. A coisa julgada deverá ceder toda vez que contra ela se insurjam razões mais altas e princípios de maior alcance, como a dignidade da pessoa humana. Ao fazer prevalecer este princípio e permitir que sejam repropostas as ações de investigação de paternidade decididas sem exame de DNA, não se está afastando a segurança jurídica, mas sim oferecendo uma segurança ainda maior às partes: uma coisa julgada aliada com a verdade material, ou seja, uma decisão materialmente justa e digna, em conformidade com os ditames constitucionais. Há que se lembrar, todavia, que a relativização do julgado deve ser realizada com cautela, não sendo a regra, mas sim a exceção.

O Direito, como todas as ciências, deve estar atento às modificações ocorridas no seio da sociedade. As novas descobertas científicas devem servir de aliadas na busca de soluções mais adequadas e próximas à realidade dos fatos. Os institutos jurídicos devem adaptar-se aos anseios da comunidade. A verdade substancial, sempre que possível atingi-la, deve prevalecer sobre a processual.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 2ª edição. São Paulo: Renovar.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- AZAMBUJA, Carmen. **Rumo a uma nova Coisa Julgada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade no direito comparado**.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BEBER, Jorge Luis Costa. **Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente**. Revista Jurídica 258: Ed. Notadez, 1999.
- BREGA FILHO, Vladimir. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. Jus Navegandi n.º 51: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>>.
- CAMBI, Eduardo. **Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis**.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et al. **Teoria Geral do Processo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COMAILLE, Jacques, et al. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, org. Vicente Barreto.
- COSTA, Epaminondas da. **Coisa Julgada e DNA**. Revista dos Tribunais – 774, n.º 89, Ed. Revista dos Tribunais: abril/2000.
- DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. <<http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0502relativizaCandido.pdf>>.

DOXSEY, Sonia Maria Rabello. **A coisa julgada e a investigação de paternidade cumulada com alimentos**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Investigação de Paternidade: um caso de superação da coisa julgada**. Revista Advocacia Dinâmica, Seleções jurídicas: junho de 2000.

GUIMARÃES, Luís Paulo Contrim. **O Direito de visitação do pai não biológico**. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, v. 2, abr./jun. de 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover.

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

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Carlos Valder do, et al. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional** (trad. Maria Cirstina Cicco). São Paulo: Renovar.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal, parte geral.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999 (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 14).

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 3ª edição. Malheiros.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil, v. 3.** 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade.** 5ª edição. São Paulo: Juruá, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil, vol. 1.** 5ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular** – estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Dignidade Humana, soberania popular e pena de morte.** Revista Trimestral de Direito Público, n.º 11, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

VIANA, Marco Aurélio S. **Alimentos, Ação de Investigação de Paternidade e Maternidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, et al. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Ação de investigação de paternidade.** Revista Igualdade, v. 7, n.º 22, Núcleo de Comunicação Institucional.