

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO, CIÊNCIA E CULTURA – FUNPAR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – ESPECIALIZAÇÃO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NA INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

**Monografia Apresentada para
Obtenção do Título de Especialista no
Curso de Pós-Graduação em Novas
Tendências do Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Alcides Munhoz da
Cunha**

**CURITIBA
2002**

ANDRÉ VARELLA BIANECK

**A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NA INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

**Monografia Apresentada para
Obtenção do Título de Especialista no
Curso de Pós-Graduação em Novas
Tendências do Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Alcides Munhoz da
Cunha**

**CURITIBA
2002**

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	iii
RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	01
2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	02
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	02
2.2 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	04
2.2.1 Ações de Estado	04
2.2.2 Legitimação para a Ação	05
2.3 PROVAS CIENTÍFICAS DA PATERNIDADE	06
2.3.2 Exame no Sangue	09
2.3.3 O DNA: O Exame Definitivo	09
2.3.4 Recusa do Réu: Presunção de Paternidade	11
2.3.5 Argumentos Contrários ao DNA	12
3 COISA JULGADA	13
3.1 CONCEITO	13
3.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL	14
3.3 COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	15
3.3.1 Limites Subjetivos da Coisa Julgada Material na Investigação de Paternidade.....	16
3.3.2 Direitos indisponíveis	16
3.3.3 A necessidade do Exame de DNA	17
3.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	18
3.4.1 Algumas Referências Jurisprudenciais	21
3.5 DNA: PROVA NOVA E A REVISÃO CRIMINAL	22
4 CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS	25

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – COMPARATIVO DA COR DO OLHOS	08
TABELA 2 - COMPARATIVO DO LÓBULO DA ORELHA	08

RESUMO

Revisão bibliográfica utilizando textos e obras a respeito de investigação de paternidade, provas científicas na investigação de paternidade, coisa julgada e revisão criminal.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo adentrar mais uma vez no campo do Direito de Família e analisar um de seus aspectos mais atuais: a investigação de paternidade. Assunto este cada vez em voga na vida de milhares de brasileiros com o surgimento do exame de DNA, exame pericial que promete a exatidão na prova da paternidade. A recente legislação, os avanços no mapeamento genético e nos exames periciais, fazem com que a investigação de paternidade torne-se alvo de inúmeros estudos.

Estudo estes que trazem inúmeros questionamentos, sobretudo em relação as probabilidades de acerto no estabelecimento da paternidade investigada, a que se pode chegar através do exame de DNA.

Esses questionamentos se fazem necessários, uma vez que tal exame pericial hematológico, se faz cada vez mais presente no cotidiano forense, nas ações de investigação de paternidade, seja pelo esclarecimento cada vez mais da necessidade e do direito à paternidade, seja a diminuição do alto custo anteriormente aplicado ao exame.

Tem-se tido o exame de DNA como a prova cabal da paternidade. Esta posição adotada por vários tribunais e juizes, por vezes dispensando outras fontes probatórias ao deslinde dos processo. E se assim é o entendimento, porque não avaliar processos que foram decididos anteriormente ao surgimento do DNA? Seria a autoridade da coisa julgada algo inquestionável?

Diante dessas questões, o presente estudo vai procurar demonstrar alguns aspectos desses assuntos, em breves considerações a respeito, da investigação de paternidade, as provas científicas anteriores ao DNA e o próprio DNA. Procurará dando estabelecer uma linha de raciocínio de modo que se permita demonstrar a necessidade da flexibilização da coisa julgada material nas ações investigatórias de paternidade.

Ressalta-se que se trata de um estudo provisório que será objeto de visão, e que procura estabelecer alguns parâmetros a respeito do tema proposto.

2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Um dos principais obstáculos vencidos no desenvolvimento de uma legislação que protegesse de forma eficaz o direito à filiação, foi o fim da discriminação dada pelo Código Civil de 1916 aos filhos nascidos fora do abrigo do casamento.

A diferenciação entre os filhos havidos dentro e fora do casamento sempre esteve presente na vida do ser humano. A busca no sentido de se estabelecer a igualdade entre filhos, foi resultado de uma evolução nos costumes. Esta busca pela igualdade nem sempre encontrou êxito, uma vez que anteriormente à Constituição Federal de 1988, prevalecia a idéia de que a legitimação de um filho fora do casamento, era estar abrigando juridicamente uma situação criminosa para os padrões da época. Aos costumes então vigentes, era inconcebível a idéia da legitimação de um fruto de uma relação extraconjugual.

Aos filhos resultantes ou não do casamento era dada uma classificação:

- a) Legítimos: os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que este casamento fosse anulado (putativo);
- b) Legitimados: os filhos concebidos ou nascidos de pessoas que apenas posteriormente se casaram;
- c) Ilegítimos: os filhos de pessoas não casadas, ou de pais que tiveram o casamento nulo não putativo. Aos filhos ilegítimos ainda havia uma Segunda classificação:

c.1 – Naturais: aqueles que ao tempo da concepção, não existia qualquer impedimento para o casamento dos pais;

c.2 – Espúrios: aqueles que nasciam de pessoas impedidas de se casarem, ao tempo da concepção. Os filhos espúrios cabia uma subdivisão:

c.2.1 – Adulterinos: aqueles os nascidos de pais impedidos de se casarem na época da concepção, por serem ambos ou qualquer um deles já casado;

c.2.2 – Incestuosos: aqueles filhos de pais com vínculos consangüíneos, em grau que impedisse a realização do casamento.

d) Adotivos: os que eram considerados filhos, por força de lei, de pessoas que não eram seus pais biológicos.

Esta classificação discriminatória acabou por força da Constituição Federal de 1988, como explica o Prof. Luiz Edson Facchin, “ No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dado um fim a essa longa querela: o seu artigo 227, § 6º não só proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como determina que os filhos terão os mesmo direitos e qualificações”.¹

Essa porta criada pela Constituição para o reconhecimento dos filhos até então tidos como ilegítimos, não se abriu prontamente. Sob a alegação equivocada de que seria necessária uma lei complementar para o reconhecimento da filiação paterna, uma regulamentação específica sobre o assunto foi criada. “Não obstante a aplicabilidade imediata da Constituição, apresentou-se no campo da efetividade, uma regulamentação detalhada e específica do assunto, pois mesmo em face do dispositivo constitucional, os filhos havidos fora do matrimônio não lograram de pronto o reconhecimento de sua filiação”.²

A partir deste entendimento, o legislador procurou elaborar essa legislação complementar por três vezes:

- a) A Lei nº 7.841, em 17 de outubro de 1989 revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil, embora o mesmo já se encontrasse revogado tacitamente pelo texto constitucional;
- b) A Lei nº 8.090, em 13 de julho de 1990, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, facilitou os meios para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, bem como retomou os preceitos constitucionais, determinando igualdade de direito e designações entre filhos, havidos ou não dentro do casamento e os adotados.

¹ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários À Lei N.º 8.560/92*. 1ª ed. Curitiba: Gênese, 1995. p. 9.

² Id.

- c) A Lei nº 8.560, em 29 de dezembro de 1992, modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente em relação a forma de reconhecimento e ainda ampliou os caminhos para sua realização.

Toda essa legislação que foi elaborada foi fruto do princípio de igualdade introduzido pela Constituição Federal de 1988. Em especial se destaca a Lei nº 8.560/92 que ampliou as formas de reconhecimento da paternidade, vindo a regular não só a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, como também os havidos na constância de uma união estável.

Esta nova lei, ainda, além de regular a ação de investigação de paternidade como forma compulsória de se obter o reconhecimento, ao contrário do que a primeira vista possa parecer, também criou "... um novo modo de garantir à criança o direito de ter a filiação estabelecida, tanto do lado maternal, quanto paternal, desde o seu nascimento, através da denominada averiguação oficiosa de paternidade."³

2.2 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.2.1 Ações de Estado

Estado de uma pessoa entende-se por seu modo peculiar de existência, sua condição individual no seio da sociedade, de onde advém seus direitos e deveres. Assim, segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Chamam-se ações de estado as que visam ao accertamento do estado da pessoa, seja para afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito, e particularmente as que têm por objeto a fixação da relação jurídica da paternidade, distinguindo-se entre *positivas*, ou *ações de vindicação de estado*, como por exemplo, reclamação de filiação legítima (art. 350 do CC), e *negativas*, ou de *contestação de estado*, como, por exemplo, a repudição de paternidade legítima (art. 339 do CC), referidos com filiação nas relações de casamento ou fora dessas relações.⁴

³ Ibid., p.15.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5. Ed. São Paulo: Forense. 1997.p. 52

As ações de investigação de paternidade são, portanto, ações de estado de natureza declaratória e o reconhecimento compulsório da paternidade é hoje, universalmente reconhecido.

2.2.2 LEGITIMAÇÃO PARA A AÇÃO

a) Legitimação Ativa

Na ação de investigação de paternidade, a legitimação é do filho, por isso se diz que esta ação é personalíssima. É ao filho que cabe o direito de ter seu *status* modificado. Diz Caio Mário, “Por maior que seja o interesse, jurídico ou moral, de outrem, falta-lhe contudo, o poder de agir. Assim, aos credores, que teriam na perspectiva do recebimento de uma herança pelo devedor, o reforço das usas resistências econômicas, falta-lhes a legitimidade, porque lei confere ação ‘ao filho’.”⁵

Desta forma, nem parentes ou herdeiros tem direito a reclamar compulsoriamente a paternidade. O direito de ação se extingue se não for exercido pelo filho. No caso de morte do mesmo, os herdeiros não podem intentar a ação, já que com o falecido o direito de ação desaparece.

Entretanto, uma vez iniciada a ação, os herdeiros podem prosseguir com a mesma.

No casos em que o filho ainda é menor, a ação pode ser intentada através de sua mãe ou representante legal. O interesse é do próprio menor que durante a sua incapacidade, deve ter seus direitos resguardados através da representação.

Pela lei nº 8.560/92, tem ainda, legitimidade para intentar com a ação o Ministério Público. Sobre isso, diz o prof. Facchin, “Foi na perspectiva outorgada pelo *caput* do artigo 127 da Constituição que o §4º do artigo 2º da Lei nº 8.560/92 atribuiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público para propor a ação de investigação de paternidade, e atuar no âmbito do interesse individual indisponível tão relevante, como no estabelecimento da relação jurídica da filiação.”⁶

⁵ Ibid, p.88.

⁶ FACCHIN, op. cit., p. 51.

Este caráter personalíssimo do direito ao reconhecimento de paternidade é estabelecido pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando expressamente diz que se trata de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Por definição, direito personalíssimo se entende aquele direito intrínseco a própria e determinada pessoa, de tal forma que, a não ser em casos excepcionais, compete a ela exclusivamente o respectivo exercício; é dito também direito absoluto, desprovido de faculdade de transmissão pelo próprio titular.

Assim, poderia se entender que a atuação do Ministério Público seria uma violação de um direito *intuitu personae*. Há, contudo, na ação de investigação de paternidade o interesse público no estabelecimento das relações de paternidade. Vê-se, portanto, "...que a legitimidade conferida ao Ministério Público tem caráter excepcional, o que pode ser justificado não só pela ausência de capacidade para o exercício concreto do direito, por parte do titular, que só poderia fazê-lo através de seu representante legal, como também pela presença do interesse público no estabelecimento da relação de paternidade."⁷

2.3 PROVAS CIENTÍFICAS DA PATERNIDADE

Após essa breve explanação sobre a investigação de paternidade, cabe adentrar na questão das provas científicas da paternidade. Aqui se encontra um dos principais fundamentos no questionamento em relação a coisa julgada na investigação de paternidade.

Através das descobertas científicas, muitos exames foram utilizados para a obtenção da verdade sobre a filiação biológica. Sobre estas provas diz o jurista Fernando Simas Filho, "Nas ações de investigação de paternidade, além dos gêneros de prova já mencionados, têm sido utilizados os resultados de diversos exames científicos, que podem provocar a confissão do investigado, levá-lo a um reconhecimento, exclui a paternidade, indicá-la probabilisticamente e, até mesmo, determiná-la."⁸

⁷ Ibid, p. 53.

⁸ SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova Na Investigação de Paternidade*. 7ªed. Curitiba, Juruá. 2001. p. 129.

Pode-se citar alguns destes exames:

- a) Exame Prosopográfico: o exame prosopográfico de BERTILLON, consiste na ampliação de fotografias do rosto do pai e do filho, juntando-as e sobrepondo-as em partes, estabelecendo uma comparação de cada parte do rosto de um e de outro (orelhas, olhos, nariz), demonstrando a semelhança física existente entre os dois. Sobre esse tipo de prova diz o Dr. Fernando Simas Filho, “Como efeito psicológico, a prova impressiona e o resultado final — fotografia toda superposta — pode provocar a confissão ou reconhecimento por parte do investigado.”⁹ Contudo, a semelhança física por si não pode autorizar a atribuição da paternidade a alguém, ainda que essa semelhança seja impressionante.
- b) Exame Comparativo das Papilas Digitais: este exame pressupõe que exista semelhança nas impressões digitais de pai e filho. Uma semelhança apenas, já que não há no mundo duas pessoas com as impressões digitais exatamente iguais. Pela determinação das semelhanças, o réu poderia vir a confessar a paternidade. Este exame é obsoleto, uma vez que não havendo a confissão do suposto pai, não há como se afirmar a paternidade.
- c) Exame Determinativo da Cor dos Olhos: este exame é baseado nas características da cor dos olhos de uma pessoa, transmitidas hereditariamente. Porém como ressalta Fernando Simas, “...é uma prova fraca em si mesma, pois de acordo com a nomenclatura, as pessoas em relação à cor dos olhos, classificam-se em: olhos castanhos e olhos azuis; os olhos negros são variedades de olhos castanhos; e olhos verdes e cinza claro, dos azuis.”¹⁰ A determinação por este exame se baseia no caráter dominante dos olhos castanhos e recessivo dos azuis. Pode-se facilmente determinar a possível cor dos olhos dos filhos, estabelecendo-se inclusive provas excludentes de paternidade. Assim, este exame poderá em alguns casos fortalecer as provas do investigado.

⁹ Id.

¹⁰ Ibid, p. 131.

Tabela 1 - Comparativo da Cor dos Olhos

Cor dos Olhos dos Pais	X	Cor dos Olhos dos Pais	Cor dos Olhos dos Filhos
Olhos Castanhos (AA)	X	Olhos Castanhos (AA)	Filhos Castanhos (100%)
Olhos Castanhos (AA)	X	Olhos Castanhos (Aa)	Filhos Castanhos (100%)
Olhos Castanhos (Aa)	X	Olhos Castanhos (Aa)	Filhos Castanhos (75%) Filhos Azuis (25%)
Olhos Castanhos (AA)	X	Olhos Azuis (aa)	Filhos Castanhos (100%)
Olhos Castanhos (Aa)	X	Olhos Azuis (aa)	Filhos Castanhos (50%) Filhos Azuis (50%)
Olhos Azuis (aa)	X	Olhos Azuis (aa)	Filhos Azuis (100%)

- d) Exame do Pavilhão Auricular: Igualmente como o exame da cor dos olhos, o exame do lóbulo da orelha pode determinar em alguns casos a exclusão da paternidade pretendida. Ao se analisar a tabela abaixo, deve se levar em conta o fato de que o lóbulo livre é dominante em relação ao preso:

Tabela 2 – Comparativo do Lóbulo da Orelha

Lóbulo dos Pais	X	Lóbulo dos Pais	Lóbulo Olhos dos Filhos
Lóbulos Livres (AA)	X	Lóbulos Livres (AA)	Filhos Lóbulos Livres (100%)
Lóbulos Livres (AA)	X	Lóbulos Livres (Aa)	Filhos Lóbulos Livres (100%)
Lóbulos Livres (Aa)	X	Lóbulos Livres (Aa)	Filhos Lóbulos Livres (75%) Filhos Lóbulos Presos (25%)
Lóbulos Livres (AA)	X	Lóbulos Presos (aa)	Filhos Lóbulos Livres (100%)
Lóbulos Livres (Aa)	X	Lóbulos Presos (aa)	Filhos Lóbulos Livres (50%) Filhos Lóbulos Presos (50%)
Lóbulos Presos (aa)	X	Lóbulos Presos (aa)	Filhos Lóbulos Presos (100%)

- e) Exame dos Redemoinhos de Cabelos: este exame consiste na determinação do sentido da distribuição dos cabelos na região occipital do crânio. Se a direção da distribuição é da esquerda para a direita é chamada então de distribuição dextrógira, e da direita para a esquerda de distribuição levógira. Para determinação de uma possível exclusão de paternidade, leva-se em consideração que pais que tenham distribuição dextrógira, podem ter filhos com ambas as distribuições, dextrógira e levógira. Ao contrário, pais com distribuição levógira, só podem ter filhos com distribuição levógira. Assim, "Se o Investigando tiver cabelos com

distribuição dextrógira; sua mãe, levógira e o Investigado, igualmente levógira, aí está um caráter científico de exclusão de paternidade.”¹¹

2.3.2 EXAME NO SANGUE

Os exames feitos no sangue são os que tem maior credibilidade. Para Maria Christina de Almeida, “O ano de 1865 foi o momento em que a voz do sangue foi ouvida e foi quando o invisível começou a tomar corpo na história da revelação judicial da paternidade”.¹²

Contudo, até o advento do exame de DNA, trazido pelo avanço tecnológico, as perícias hematológicas propiciavam apenas a exclusão do investigado como possível pai do investigante. Era apenas uma prova excludente, não trazia aos autos conclusão de que o investigado era o pai do investigante. Através do exame de tipagem sangüínea, exame ABO/RH, era possível afastar a paternidade pleiteada, verificando-se se os tipos sangüíneos do investigante e do investigado eram incompatíveis. Do contrário, não havendo essa incompatibilidade, não era possível afirmar que o investigado era pai do investigante. Afirmava tal exame apenas que o filho poderia ter sido gerado pelo suposto pai, contudo, a compatibilidade sangüínea poderia ocorrer com milhares de indivíduos da mesma forma.

Assim a certeza da paternidade não era patente. O conjunto probatório era buscado pelo juiz, através de indícios e presunções, aliados a estes precários exames, que após criteriosa análise, formava sua convicção segundo a qual proferia a sentença, declarando ou não a paternidade.

2.3.3 O DNA: O EXAME DEFINITIVO

A técnica do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), onde se verifica a identidade genética de cada um, veio acabar com essa incerteza quanto a inclusão e a exclusão da paternidade atribuída. Agora, já se podia atribuir a uma pessoa, com a probabilidade de acerto superior a 99,9999 %, a paternidade investigada.

¹¹ Ibid, p. 135.

¹² ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA*. Porto Alegre, Ed.Livraria do Advogado. 2001. p.57.

Afirmou o Doutor Ayush Morad Amar, professor da Unicamp, e um dos introdutores do sistema DNA em nosso país: “O exame DNA é definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de LANDSTEINER. A análise técnica do material genético fornece 100% de certeza nos casos de paternidade. A manipulação do DNA envolve esmerada tecnologia e complexos mecanismos de Engenharia Genética” (artigo publicado na Folha de São Paulo, aos 04/05/89)

Sobre este tema, diz Fernando Simas Filho: “A confiabilidade do exame, efetuado por essa primeira modalidade, quer na exclusão, quer na determinação de paternidade, é superior a 99,999999999%! Esse percentual é sempre mencionado, porque pode haver uma duplicação (réplica) genética, originando um indivíduo com as mesmas bandas. Todavia, a probabilidade de tal ocorrência é de 1/6.800.000.000 (um por seis bilhões e oitocentos milhões)! Considere-se que o percentual 99,999999999%, é, apenas, um cálculo, oriundo do zelo dos profissionais, que executam tais exames, porque na realidade, 99,000000001%, já é 100% (cem por cento)!!!”¹³

Assim, as tradicionais perícias tornaram-se obsoletas, bem como as tradicionais defesas dos requeridos nos processos de investigação de paternidade. Onde se perdia enorme tempo e energia, em alegações de *exceptio plurium concubentium*, em provas não conclusivas e frágeis, agora se aplicava a prova definitiva: o DNA. *- explicita*

Nas palavras do Prof. Zeno Veloso, “ Para o estabelecimento da paternidade, não há dúvida, a humanidade pode ser dividida em duas eras: pré-DNA e pós-DNA”.¹⁴

Não há como se negar os grandes avanços trazidos pelo exame de DNA. Nem como a segurança obtida por aqueles que se socorrem a esse exame para ter sua herança genética, sua linhagem genética determinada.

A elevação do exame pericial de DNA à prova máxima na investigação de paternidade, teve acolhimento em quase a totalidade das instâncias judiciais. Muitas vezes a instrução probatória é substituída pela realização da perícia genética.

¹³ SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova Na Investigação de Paternidade*. 7ªed. Curitiba, Juruá. 2001, p. 192.

¹⁴ VELOSO, Zeno. *A Dessacralização do DNA*. Belo Horizonte, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Ed. Del Rey, 2000. P. 196.

2.3.4 RECUSA DO RÉU: PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Diante desse pensamento, a recusa do requerido através de construção jurisprudencial, tornou-se presunção de paternidade. Uma vez que o suposto pai não poderia ser conduzido “debaixo de vara” para a coleta do sangue, procurou-se uma solução para os casos em que o suposto pai negava-se a fornecer o material hematológico para a realização da prova cabal.

Esta questão foi objeto do histórico acórdão do Supremo Tribunal Federal, onde se substituiu a coerção do réu à realização do exame de DNA, pela presunção, o Ministro Nelson Nery resumiu o entendimento final do Tribunal Pleno do STF:

“ ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’...Dir-se-á: mas se não for constituída essa prova, será frustrada a eventualidade da procedência da ação e com isso o paciente estará, não só deixando de colaborar com o Poder Judiciário, como a impedir que o autor veja assegurado, pela ordem jurídica, direito que está a pleitear ao Poder Judiciário lhe seja reconhecido: a relação de filiação com o réu. O próprio sistema constitucional, entretanto, responde a essa questão, quando se admite, em matéria de ação de investigação de paternidade, o decreto de sua procedência, não só em razão de provas documentais ou testemunhais, mas também por indícios e por presunções. Trata-se, é certo, de demanda, ordinariamente, com prova de difícil produção. Sustenta-se, pois, que a prova pretendida pelo autor é extremamente eficiente, de alta qualidade, no processo de investigação de paternidade, tornando-se, quase definitiva, a certeza a embasar o juízo do magistrado quando positivo o resultado... A recusa do réu implica presunção de reconhecimento do fato da paternidade e tem que ser assim tratada, com consequência favorável ao autor. Dir-se-á: sempre alguém poderá levantar dúvida e isso feriria a dignidade do autor, porque o complexo das provas não seria definitivo. Tanto numa circunstância como na outra, ajuizada a ação, a paternidade somente será reconhecida por via judicial, que é sempre susceptível de ser discutida; daí os recursos. Esta prova, que hoje se tem como quase incontrastável, admite, entretanto, erro. Há teoricamente a possibilidade de erro. Dessa maneira, penso que se resguardam os princípios constitucionais da privacidade e da legalidade, que favorecem ao paciente; não resulta do *decisum*, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, prejuízo definitivo ao autor, porque há uma consequência dessa negativa, qual seja a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame do DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame que sabe ser bastante preciso.”¹⁵

Assim se construiu e se constrói toda uma doutrina e uma jurisprudência que se apoia no alto valor probante do DNA. Contudo por diversos motivos, o exame de DNA sofre algumas resistências quanto ao seu uso, o que deve ser analisado.

¹⁵ HC 71.373-4/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 10.11.1994, p.45.686

2.3.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO DNA

Para os críticos do exame de DNA, não se deve negar a alta contribuição do exame de DNA nos casos de investigação de paternidade. Contudo, não se pode atribuir a esta prova um valor definitivo. Não deve ser considerado o único meio de prova. Deve ser colocada dentro de um conjunto probatório, não se desprezando outras provas importantes. Da análise deste conjunto probatório deverá surgir a sentença do juiz, que por fim determinará a paternidade pleiteada. Cabe ao juiz antes de mais nada, avaliar o DNA, bem como as demais provas, sem desprezá-las. Diz o Prof. Zeno Veloso, " O Juiz não pode assumir posição passiva e subalterna de mero homologador de laudos. A afirmação do perito não pode substituir a sentença judicial. A veneração ao exame de DNA não pode continuar ensejando um tarifamento de provas, a todos os títulos condenável. O exame de DNA, embora de importância capital, deve ser colocado em seu devido lugar, ou seja, num conjunto probatório. É mais uma prova, não a prova divina, a prova absoluta, bastante e única." ¹⁶

Outro argumento é a da realização indiscriminada de exame de DNA no país. Com a procura cada vez maior deste exame, em muitas oportunidades a qualidade deixa a desejar, visto é maior o número de laboratórios que se propões à realização do mesmo, sem contudo garantir a qualidade devida. Diz Fernando Simas Filho, " Em recente publicação, ' DNA News – n. 3 – 1999', o editorial comunica que é 'alarmante a proliferação dos laboratórios que realizam teste de DNA no Brasil, sem a preocupação com a qualidade'. E mais, que é muito difícil saber, em algumas circunstâncias, de quem é a responsabilidade técnica de tais exames! Refere ainda o editorial mencionando que 'alguns laboratórios que vendem equipamentos, realizam cursos em São Paulo, com duração de 2 (dois) dias para quem desejar implantar a metodologia do DNA em paternidade! Existem laboratórios privados em que os diretores e responsáveis, são engenheiros agrônomos e florestais'..." ¹⁷

Esse uso ilimitado da perícia genética, começa a dar sinais de esgotamento e tem conseqüências claras. Diz o Prof. Eduardo de Oliveira Leite, " Entretanto, o uso indiscriminado do exame para fins de identificação de hereditariedade, à

¹⁶ VELOSO, Zeno. Ob. Cit. p. 198

¹⁷ SIMAS FILHO, Fernando. Ob. Cit. p. 206

margem de qualquer procedimento judiciário, tem revelado o risco de comprometer as regras mais elementares do direito de prova.”¹⁸

Assim, temos que atualmente é forte o movimento de não mais se considerar o DNA como a “prova cabal”, e sim como uma prova de peso nos autos. Cada vez maior os questionamentos sobre resultados de DNA nos tribunais, diante das possibilidades de trocas de materiais, erros humanos e fraudes. Todas essas questões tem mais um fundamento, diante de um aspecto essencial que é o negócio extremamente rentável em que se transformou a realização de DNA, em confronto a um direito tão essencial quanto a paternidade, sendo que por vezes envolve direitos patrimoniais de altos valores.

São grandes os questionamentos sobre esta importante prova e que cada dia se torna mais precisa, atualizando-se métodos e diante do avanço da tecnologia. Não se pode porém perder de vista o objetivo dela, que é a garantia de um direito indisponível e constitucional que é a paternidade e a origem genética.

Tendo ainda em mente a importância desta nova prova que é o exame de DNA, comprovadamente eficiente na determinação da filiação biológica, passamos à análise da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade.

3. COISA JULGADA

3.1 Conceito

Pode-se conceituar coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467 do CPC). A coisa julgada é uma qualidade da sentença representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos.

A sentença após ser publicada torna-se irretratável para o julgador que a proferiu. Entretanto, o vencido ainda pode recorrer, utilizando-se do duplo grau de jurisdição, solicitando a outro órgão superior de Justiça novo exame do julgado.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reflexões Sobre a Prova Científica da Filiação*. Repertório de Doutrina Sobre Direito da Família. Vol. 4. Ed. RT, São Paulo. p. 209

Este reexame do julgado se faz através dos recursos. Para todo recurso há um prazo estabelecido e preclusivo. Assim, terminado o prazo legal para a interposição do recurso, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem que haja a possibilidade de novas ações recursais, a sentença torna-se definitiva e imutável. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, "A vontade concreta da lei, no entanto, 'somente pode ser única'. Por isso, 'somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a vontade da lei diante do caso concreto."¹⁹

Há ainda, diante da possibilidade de ser intentada a ação rescisória, dois graus de coisa julgada: a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada, conforme ensina Frederico Marques. A coisa soberanamente julgada ocorre ao final do prazo para interposição da ação rescisória, ou quando interposta, ela seja julgada improcedente.

3.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

O Código de Processo Civil traz apenas a definição do que é coisa julgada material em seu artigo 467. Há, contudo, a coisa julgada formal decorrente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, seja porque não há possibilidade de interposição de recursos, ou porque a lei não os admite, ou findou-se o prazo para sua interposição, ou porque o recorrente tenha desistido ou renunciado à interposição.

A imutabilidade da sentença traz efeitos não só dentro do processo, mas também para as partes fora do processo, impedindo-as de rediscutirem a questão novamente. Diz Humberto Theodoro Júnior, "A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada."²⁰

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Civil*. Ed. 33ª. Vol 1, Rio de Janeiro, Forense. 2000. p. 464.

²⁰ *Ibid*, p. 463.

3.3 COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O Juiz ao proferir a sentença de mérito, seja qual for o resultado, provocará os efeitos da *res iudicata*. Para estes efeitos já mencionados não há nenhuma exceção no Código de Processo Civil, que crie regime diverso para a coisa julgada.

Não seria diferente com as ações de investigação de paternidade, podendo-se notar isto claramente na orientação dada pelo STJ, pela qual é repelida qualquer possibilidade de se contestar a autoridade da coisa julgada, mesmo diante da realização do exame de DNA posterior à sentença, com resultado diverso sobre a paternidade biológica apontada pela ação investigatória, mesmo que o sustentáculo da sentença seja resultante de provas insuficientes. Diz o STJ:

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 da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória, naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 2. Recurso Especial conhecido e provido.²¹

Aqui se encontra o principal objeto deste estudo, sendo necessária a análise de diversos aspectos em relação à coisa julgada na investigação de paternidade.

²¹ STJ – RESP 107248 – GO – 3ª Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 29/06/1998 – p. 00160.

3.3.1 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Como já visto, a filiação é um dos mais importantes aspectos do estado da pessoa, que define a posição desta mesma pessoa dentro da sociedade. A sentença procedente na investigação de paternidade, declara a existência do vínculo da filiação jurídica. A questão que se forma, gira em torno dos efeitos deste reconhecimento de paternidade compulsório. Há uma grande discussão a respeito deste tema, em razão do conflito entre postulados e princípios que se chocam.

De um lado, a coisa julgada tem sua autoridade nos limites subjetivos das partes. A coisa julgada por sua definição faz lei entre as partes, e assim sendo, a condição de filho projetaria seus efeitos apenas aos que integraram a lide. Diverso deste pensamento, tem-se que a ação de investigação de paternidade tem por objeto a alteração do estado da pessoa. Este por sua vez é profundamente ligado ao interesse público e social, com vistas à segurança das relações jurídicas. Desse modo, é necessário que esta particular situação pessoal, tenha um caráter indivisível, mantendo-se constante e firme em todas as situações e perante a todos.

Sobre isto, diz Mário Aguiar Moura “ Dois ou mais aspectos do estado não podem coexistir, quando representam pólos opostos do mesmo lineamento. É por isso que todos afirmam que a pessoa não pode ser filho consangüíneo de mais de um pai ou de mais de uma mãe. Não pode ser filho de determinada pessoa e não ser ao mesmo tempo.”²²

Fica claro portanto que a segunda hipótese parece ser a mais adequada, pois “aquilo que pode suceder com os direitos patrimoniais, reconhecidos em sentença passada em julgado, é desaconselhável e incivil quando se trate de direitos personalíssimos não patrimoniais.”²³

3.3.1) DIREITOS INDISPONÍVEIS

A filiação é um direito indisponível. Inúmeras vezes são cometidos erros ao se aplicarem aos direito indisponíveis as mesmas normas pertinentes aos direitos

²² REVISTA DE PROCESSO, nº 27 Jul/Set 1982 –Atualidades. p. 167.

²³ Ibid, p. 168.

disponíveis, como por exemplo, os efeitos da revelia ou indeferimento de prova pericial, documental ou testemunhal.

Sobre a perfilhação, diz Pedro Belmiro Welter "...a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano."²⁴

Com base nestas características, entende-se que o reconhecimento de paternidade não pode se dar apenas baseada na verdade formal, chamada ficção jurídica. A busca da verdade material, ou seja a verdadeira paternidade biológica, deve ser buscada incansavelmente. Neste sentido, o exame de DNA tornou-se uma arma poderosíssima na medida que pode declarar a paternidade investigada.

3.3.2 A NECESSIDADE DO EXAME DE DNA

A importância do DNA já amplamente demonstrada no presente estudo, enseja a defesa por parte de alguns estudiosos, da obrigatoriedade da realização do DNA. Ora, se a certeza da paternidade pelo exame de DNA chega a quase 100%, indaga-se, por que perder tempo com outros tipos de métodos de identificação de paternidade infinitamente inferiores?

Pela natureza da ação, deve-se procurar a realização de todas as provas na busca da verdade real. Não se pode admitir apenas a verdade formal, a ficção jurídica. Para tanto, defende-se que esta incansável busca por provas deve ser buscada inclusive pelo magistrado que, de ofício deve determinar a realização do exame de DNA. O magistrado deve mudar sua postura, passando a ser um investigador dos fatos, um ordenador de todas as provas nos processos onde exista direito indisponíveis em voga. Diz Pedro Belmiro Welter, " Destarte, o direito material (*rectius*, a verdade biológica) deve residir com segurança na ação de investigação de paternidade. Para tanto, tem o Juiz a obrigação de ordenar a realização de todas

²⁴ REVISTA IGUALDADE. Curitiba v. 7 n. 22 p.01 – 24 jan./mar. 1999.

as provas necessárias, mesmo de ofício e, dentre elas, efetivamente, o exame genético DNA, a prova testemunhal e documental”.²⁵

3.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Pelos argumentos expostos, ressaltando novamente que se trata de um direito natural, constitucional e indisponível de personalidade, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, a coisa julgada deve ser entendida de maneira mais flexível.

Deve-se permitir que a nova prova traduzida pelo DNA possa ultrapassar a autoridade da coisa julgada, entendendo-a de forma diversa da atual.

Poderá haver sim a coisa julgada, apenas nos casos em que forem produzidas todas as provas em Direito admitidas. Do contrário, a improcedência em uma ação de investigação de paternidade, pode afastar qualquer possibilidade de que a filiação venha a ser determinada, por não poder ser intentada nova ação. A coisa julgada portanto, cerceia a garantia constitucional do direito a filiação.

Deve se levar em consideração que a ausência de provas absolutamente inequívocas da paternidade, a má condução do advogado atuando na ação e às vezes até negligência, podem acarretar uma sentença improcedente ao investigante.

Um exemplo concreto e claro sobre isto, serve para se verificar como há a possibilidade de se dar o direito ao investigante de continuar sua procura, mesmo já havendo a coisa julgada:

A primeira ação de investigação de paternidade foi proposta pelo investigante, representado por sua mãe, quando tinha oito anos. Ali se alegou que o investigado, dono da empresa onde a representante trabalhava, a seduzira e a engravidara. Ajudara-a financeiramente com vales postais em nome de terceira pessoa. Mas fora abandonada, acabando o relacionamento. Com a petição, além de fotografias do menor, foram anexados atestados dos grupos sanguíneos da mãe e do filho.

²⁵ Ibid, p. 8.

Na contestação o demandado negou a intimidade, aludindo intenções escusas, pois empresário já bem-sucedido.

Para a instrução, a inicial apenas pedira que o réu anexasse fotografias, de frente e perfil, e seu grupo sanguíneo, além de outras diligências secundárias, como relação de funcionários da empresa, ofício aos correios sobre os passes, etc. O demandado arrolou expressivo número de testemunhas, enquanto apenas três o autor.

Na inquirição, as testemunhas do investigante confirmaram que o réu era visto com a mãe do representado, que a trazia de carro, que sabiam da gravidez e da paternidade e que remetia dinheiro (ela morava já em outra cidade, depois do parto). E que a paternidade era identificada pela mãe em conversa com as amigas.

As do requerido, embora admitindo que a mãe do investigante trabalhava na empresa, desconheciam qualquer relação e apontavam conduta daquele como respeitosa, bom chefe, tratando os funcionários com recato.

O ponto nodal foi o depoimento da mãe do autor: afirmou que não tinha o hábito de confidenciar o seu relacionamento; que o réu nunca estivera em sua casa, e que nunca foram vistos em local público; que não apresentara o réu como pai à terceira pessoa, salvo para o menor. Admitiu esporádicas relações sexuais com o investigado, época em que teve relações sexuais com outros homens; que o réu prestara auxílio financeiro ao menor, mas depois cessara o benefício.

Outra prova não foi requerida ou atendidos os preceitos da inicial, sem insubordinação.

A sentença apontou as incongruências entre a inicial e o depoimento da representante, e assentou a decisão de improcedência na confissão do relacionamento plúrimo, na falta de exclusividade sexual. Tais fatos, para o decisor, não permitiam juízo de segurança.

No parecer ao apelo, o Ministério Público ressaltou a contradição entre a inicial, o depoimento das testemunhas e o depoimento pessoal, salientando que o contestante nem reprovara, na réplica, a honestidade da mãe do autor; e sinalizou a possibilidade de um conflito entre réu e a representante, pelas surpreendentes declarações, hipóteses esta que ficava em meras cogitações.

A suposição foi renovada pela Procuradoria da Justiça, mas a conclusão insistiu no improvimento.

E assim aconteceu no julgamento da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

No voto, entretanto, o Relator, Des. Silvino Lopes Neto, ressaltou que a contradição de prova poderia ter sido superada pela perícia (isto em 1984), mas tudo que ficara facilitado para o réu com o surpreendente depoimento pessoal da representante do autor, que admitiu, sem reboços, relação promíscua na época da concepção. A suspeita do conluio estava no âmbito do possível e nem seria tática defensiva original. Chamava a atenção o depoimento desmentir a inicial, pois fora a representante quem definira o rumo da demanda no sentido de favorecer o réu. A decisão fora de acordo com os autos, pois fora deles é matéria defesa ao juiz.

Essa arrematava a circunstância afiliva para os julgadores: os autos se divorcia da vida. E a verdade de que está sempre nesta nem sempre se apresenta nos papéis que chegam ao Juiz para que, com base no exame deles, se dite uma sentença. Também não se podia garantir que a investigante com sua versão da inicial não estivesse apenas querendo criar dificuldades a um homem rico, que, para livrar-se do incômodo, poderia vir a dispor-se a pagar um preço sedutor. E até não era impossível que a moça se tivesse arrependido pura e simplesmente de sua conduta mesquinha e seu depoimento pessoal, seja de sua penitência... Mas nada havia que fazer.

Doze anos depois, o autor retorna, já com dezenove anos, agora assistido pela mãe. O pleito foi rapidamente deslindado. A sentença, em brevíssima síntese, acolheu o parecer do Ministério Público para extinguir o processo, forte o artigo 267, V, CPC. O recurso, com pareceres contrários do Ministério Público, foi desacolhido pela Corte. Mas não passara despercebido ao Des. Eliseu Gomes Torres a existência de um "erro coletivo", pois no instante que o depoimento materno subverteu sua própria versão, entrara em choque o interesse da mãe com o interesse do menor. E colisão deveria presumir-se, pelo conflito do depoimento com a causa de pedir, por ele sustentada.(...)

Em parecer erudito, o Promotor Dr. João Hubert Jacottet neto, fazendo outra leitura do artigo 362, do Código Civil, admitiu que, assegurando a lei direito à mãe, não tirou do menor o direito de buscá-la, e até lhe reservou oportunidade de aprovar ou não a atitude da mãe.

Portanto, o autor buscava um direito constitucional, indisponível, de ver reconhecida a sua paternidade. E, assim, não se poderia tratar direitos indisponíveis, julgando improcedente a ação, apenas com base em provas testemunhais que demonstraram a fragilidade da versão apresentada pela mãe do menor”.²⁶ (grifei)

Em resumo, após a propositura de três demandas, culminados por uma decisão de improcedência e outros de extinção pela coisa julgada, obteve o investigante o direito de prosseguir na identificação de seu pai.

Pelo exemplo dado, pode-se ver que ao se deixar imperar a coisa julgada frente ao direito do menor, poderia ter-se impedido a realização da busca da verdade real.

Diz a Prof^a. Sônia Maria Rabello Doxsey, “Concluem os doutrinadores após citarem alguns exemplos de exceção à coisa julgada no Direito Público: ‘ Vê-se assim, que a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance.”²⁷

Reforçando estes argumentos, um artigo publicado no jornal O ESTADO DO PARANÁ de 19/12/1999, do Promotor de Justiça em Minas Gerais, Epaminondas da Costa~~es~~, diz:

A prova da paternidade consubstanciada na engenharia genética constitui fato bastante recente entre nós, passando a Ter maior emprego dos anos noventa em diante. Isto se deve ao alto custo inicial da perícia em questão.

Em consequência, aprova da paternidade vinha apoiando-se até então, com exclusividade, em depoimentos de testemunhas da parte autora, nem sempre conclusivos. Logo, a certeza jurídica, não raro, deixava e ainda deixa de coincidir com a certeza material, esta última extremamente necessária para firmação da paternidade legítima.

Com efeito, se de um lado a constituição da República tutela a chamada coisa julgada, não se pode esquecer, todavia, de que o mesmo texto constitucional não se descuidou da proteção à dignidade da pessoa humana e da salvaguarda da paternidade responsável, isto é, paternidade legítima (art. 226, §7º).

A Constituição Federal Brasileira invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §7º), assegura à criança o direito a dignidade e ao respeito (art. 227).

Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma Lei ou Corte pode frustrar.

A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. Esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de uma outra farsa.

²⁶ SELEÇÕES JURÍDICAS. *Investigação de Paternidade: Um Caso de Superação da Coisa Julgada*. Jul./2000. p.27.

²⁷ DOXSEY, Sônia Maria Rabello. *A Coisa Julgada e a Investigação de Paternidade Cumulada com Alimentos*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey. 2000. p. 486.

Por conseguinte, o argumento de que tenha havido o 'trânsito em julgado' da decisão declaratória de paternidade não nos parece congruente com a idéia da paternidade responsável, conquanto seja necessária e lógica a existência da filiação de veras legítimas, isto é, verdadeira.

Há que se frisar que embora visto quase sempre pelo ângulo do investigante, este tema tem importância em relação também ao investigado. Da mesma forma que uma sentença proferida entenda improcedente a ação investigatória, sem dar cabo de todos os meios probatórios, pode haver sentença dando a procedência do pedido, estabelecendo o vínculo da paternidade, sem que isto seja a verdade material.

A flexibilização da coisa julgada assim socorreria também aqueles pais investigados, em que suas paternidade foram estabelecidas sem que todas as provas, e em especial o exame de DNA fosse realizado.

3.4.1 ALGUMAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS

Apesar da orientação do STJ, já demonstrada neste estudo, há decisões que diversas que demonstram uma mudança paulatina no pensamento dos julgadores. Acena com este entendimento, inclusive o próprio STJ . São alguns destes julgados:

O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.²⁸

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – CAUSA DE PEDIR DA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA PETENTI DA SEGUNDA – pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação de paternidade. O fato de Ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubina com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma Segunda demanda, com outra *causa petenti* , assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da Segunda ação não importa em ofensa ao princípio da coisa julgada. Recurso conhecido e provido.²⁹

²⁸ REsp 4.987 –RJ, RSTJ 26/378.

²⁹ STJ – RESP 112101 – RS – 4ª Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 18 09. 2000 – p. 00131

CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - COISA JULGADA. REGISTRO PÚBLICO. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. A "coisa julgada" não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais. 3. Apelo improvido. Unânime.³⁰

PROCESSO CIVIL - COISA JULGADA - AÇÃO DE ESTADO - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE - 1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas em que não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. 2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas. Agravo improvido. Maioria.³¹

3.5 DNA: PROVA NOVA E A REVISÃO CRIMINAL

No presente estudo, ficou exhaustivamente delimitado o caráter personalíssimo do direito à filiação e sua importância. Essa importância pode ser comparada a outro direito tão fundamental que é preservado inclusive dos efeitos da coisa julgada: a liberdade.

Para se evitar uma afronta a tão importante direito, tem-se na revisão criminal o instrumento capaz de se rescindir uma sentença transitada em julgado.

O artigo 621, III, do CPP, traz como fundamento do pedido de revisão criminal, o surgimento de novas provas: "quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

³⁰ Apelação Cível 4640097 DF – Acórdão nº 103959 – 1ª Turma Cível – Relator Valter Xavier – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

³¹ TJDF, 1ª turma, Ac. N.º 115.354, in Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 2, Jul/Set/99, p. 103.

Ora, se compararmos esses dois direitos à luz da Constituição, poderia-se supor que no surgimento de uma nova prova capaz de alterar o estado da pessoa, o seu estado de filiação, haveria meio igualmente poderosos como no processo penal, para se ultrapassar a coisa julgada na investigação de paternidade.

Para muitos casos esta nova prova já surgiu e se encontra à mão de todos: o DNA. Caberia o entendimento em que tendo-se a prova cabal no exame genético, isso seria o bastante para se rediscutir vários casos decidido³² de forma nebulosa ou precária.

Diz Tourinho Filho, citando Frederico Marques, "se o *status libertatis* é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico tão relevante como a liberdade".³²

Da mesma forma que uma "decisão transitada em julgado às vezes consagra e encerra uma rematada injustiça"³³, uma decisão improcedente ou procedente na investigação de paternidade, pode encerrar também uma injustiça igualmente atroz.

Não se fala aqui da ação rescisória, que no Processo Civil tem seu prazo preclusivo de dois anos. Fala-se em algo mais abrangente, uma vez que a ação de investigação de paternidade é imprescritível e assim sendo, estabelecendo-se um instituto similar ao da revisão criminal no processo civil, resguardar-se-ia por completo o direito à filiação. Diz Tourinho Filho, "Mas o princípio de que a *res judicata* é intangível não é de todo absoluto. Se no cível, onde, de regra, estão em jogo interesses disponíveis, desde que satisfeitos os pressupostos legais, pode a parte investir contra a coisa julgada por meio da ação rescisória, quanto mais se se tratar de sentença penal!"³⁴ (grifei)

A investigação de paternidade ao contrário do mencionado pelo autor citado, não é a regra e sim a exceção, um direito indisponível, como o direito à liberdade.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20 ed. São Paulo, Saraiva. 1998. p. 577.

³³ *Ibid*, p. 576.

³⁴ *Ibid*, p. 576-577.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo, de modo provisório, uma vez que será objeto de revisão, procurou demonstrar a importância da ação de investigação de paternidade, suas características e alguns dos seus aspectos mais relevantes ao tema proposto.

A recente legislação, os avanços tecnológicos são os ensejadores ao questionamento do instituto tão consagrado no Direito como a coisa julgada. Questionamento este, que nos leva a conclusão que apenas poderá haver coisa julgada material na ação de investigação de paternidade, do modo que a conhecemos, quando estiverem todos os meios de provas esgotados, sejam elas periciais (DNA), documentais e testemunhais.

Não faz coisa julgada ainda, a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por falta de provas, pois, conforme exposto deve se esgotar todos os meios probatórios.

Leva também a conclusão, que embora fosse desejável a criação de um instituto igual ao da revisão criminal para os casos de novas provas na investigação de paternidade, bastaria o entendimento de que o direito de filiação é um direito de tão elevado valor, que bastaria a analogia no tratamento dos casos de direitos indisponíveis.

REFERÊNCIAS

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reflexões Sobre a Prova Científica da Filiação*. Repertório de Doutrina Sobre Direito da Família. Vol. 4. Ed. RT, São Paulo. 1999
- SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova Na Investigação de Paternidade*. 7ªed. Curitiba, Juruá. 2001.
- VELOSO, Zeno. *A Dessacralização do DNA*. Belo Horizonte, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Ed. Del Rey, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários À Lei N.º 8.560/92*. 1ª ed. Curitiba: Gênese, 1995.
- PENA, Sérgio Danilo J. *Engenharia Genética – DNA: A Testemunha Mais Confiável Em Determinação de Paternidade*. Repensando o Direito de Família. Ed. Del Rey, Belo. Horizonte. 1998
- IGUALDADE, Revista. Vol. 8, ed. NCI/ MP – Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 2000
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5. Ed. São Paulo: Forense. 1997
- ALMEIDA, José Luiz Galvão de. *O novo estatuto da filiação*. In. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.. O direito de família e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARBOZA, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: renovar, 1993.
- BORGHI, Hélio. *A Lei. 8.560, de 29.12.92 e a ação investigatória de paternidade (e de maternidade) e o reconhecimento da filiação havida fora do casamento (e da união estável)*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.695, set/93.
- CABRAL, Pedro Manso. *Paternidade ilegítima e filiação*. São Paulo: Saraiva, 1983
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. I. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988.
- RASKIN, Salmo. *Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade* _ Juruá Editora, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida – Sérgio Antonio Fabris Editor*.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva* – Del Rey , 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20 ed. São Paulo, Saraiva. 1998.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. *A Coisa Julgada e a Investigação de Paternidade Cumulada com Alimentos*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey. 2000.

SELEÇÕES JURÍDICAS. *Investigação de Paternidade: Um Caso de Superação da Coisa Julgada*. Jul./2000.

REVISTA IGUALDADE. Curitiba v. 7 n. 22 – 24 jan./mar. 1999.

REVISTA DE PROCESSO, nº 27 Jul/Set 1982 –Atualidades.