

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

JÚLIA GONZAGA MAGALHÃES

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADAS
IMPROCEDENTES POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA**

Juiz de Fora

2016

JÚLIA GONZAGA MAGALHÃES

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADAS
IMPROCEDENTES POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA**

Monografia apresentada à Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientadora: Dra. Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2016

JÚLIA GONZAGA MAGALHÃES

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADAS
IMPROCEDENTES POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA**

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em: Juiz de Fora, de de 2016.

Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bela. Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bela. Ludmilla Camacho Duarte Vidal
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2016

RESUMO

A questão da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória ainda encontra certa resistência em parcela da doutrina e da jurisprudência nacionais, as quais entendem que, nesse caso, a segurança jurídica, que acoberta o comando das decisões judiciais, deve indiscutivelmente prevalecer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sobre o direito à filiação, estes consagrados pela Constituição Federal de 1988. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 363.889/DF, estabeleceu que, no âmbito das ações investigatórias de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, deverá ser feito um juízo de ponderação entre a imutabilidade da decisão judicial (consubstanciada na coisa julgada) e o direito ao conhecimento da origem genética pelo investigante (vertente relevante do direito à filiação e do princípio da dignidade da pessoa humana). Destarte, levando-se em consideração esse sopesamento de princípios constitucionais, entendeu a Corte Suprema pela possibilidade de as partes afastarem o manto da coisa julgada, no caso das ações filiatórias que foram julgadas improcedentes, quando não se conhecia o exame de DNA ou quando as partes não possuíam condições financeiras de custeá-lo, em busca da verdade sobre a origem genética do filho. Em outras palavras, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal ser possível que as partes ajuízem novamente a ação de investigação de paternidade, quando a primeira demanda foi julgada improcedente por insuficiência probatória, com o intuito de agora realizarem o teste de DNA e finalmente poderem esclarecer a verdade sobre a paternidade do investigante. Todavia, em que pese tal entendimento, calcado na busca pela justiça das decisões judiciais na seara do Direito de Família, persiste a divergência diante da posição de parte da doutrina e da jurisprudência que defendem a não relativização da coisa julgada fora das hipóteses legalmente previstas.

Palavras-chave: Direito à filiação. Dignidade da pessoa humana. Coisa julgada. Princípio da proporcionalidade. Exame de DNA.

ABSTRACT

The question of the relativity of “res judicata” in paternity actions dismissed for insufficient evidence still find some resistance to a certain portion of doctrine and national jurisprudence, which understands that, in this case, legal certainty, which covers up the command of decisions judicial, must undoubtedly prevail over the principle of human dignity and the right to membership, those guaranteed by the Federal Constitution of 1988. Nevertheless, the Supreme Court in the trial of RE 363,889 / DF provides that, in the context of investigative actions paternity rejected for insufficient evidence, should be made a judgment of balance between the immutability of the court decision (embodied in “res judicata”) and the right to knowledge of the genetic origin by investigating (relevant part of the right to membership and the principle of the dignity of human person). Taking into consideration this balancing of constitutional principles, understood the Supreme Court by the possibility of the parties depart from the mantle of “res judicata”, in the case of paternity actions were dismissed, when you do not know the DNA test or when parties did not have the financial means to finance it, in search of the truth about the genetic origin of the child. In other words, it established the Supreme Court is possible that the parties judge the paternity action again when the first request was rejected as insufficient evidence, in order to now carry out DNA testing and finally be able to clarify the truth about the paternity of investigating. However, despite this understanding, based on the quest for justice of judgments in the harvest of family law, there remains disagreement on the part of a heading of doctrine and jurisprudence that oppose the relativity of “res judicata” beyond the legally established cases.

Key-words: Right to membership. Dignity of human person. Res judicata. Principle of proportionality. DNA test.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial.

AI – Agravo de Instrumento.

DNA – Ácido Desoxirribonucleico.

RE – Recurso Extraordinário.

REsp – Recurso Especial.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O REGIME DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	12
1.1. Coisa julgada: a imutabilidade da norma contida na parte dispositiva da decisão judicial	12
1.2. As duas faces da coisa julgada: formal e material	15
1.3. Modos de produção da coisa julgada	16
1.4. Relativização da coisa julgada	17
2. A FILIAÇÃO E PATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	23
2.1. Aspectos históricos e a evolução da natureza jurídica	23
2.2. Ações negatória e investigatória de paternidade	27
2.3. A busca da verdade sobre a paternidade e o exame de DNA	30
3. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADAS NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE	35
3.1. Ações investigatórias de paternidade improcedentes por insuficiência probatória: conflito entre coisa julgada e direito à filiação	35
3.2. Argumentos contrários	41
3.3. Argumentos favoráveis	46
3.4. A aplicação da coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i> do processo coletivo	51
4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE	56

CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

A questão da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória é, atualmente, um dos temas que mais causam debates não só nos Tribunais Superiores, como nos diversos Tribunais de Justiça do país, havendo intensa discussão a respeito de qual princípio constitucional deve prevalecer: a segurança jurídica, aqui consubstanciada na coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988), ou o direito à filiação (artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988). Inclusive, tal questão gera também relevantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais entre aqueles que, de um lado, defendem a estabilidade das relações jurídicas, por meio da canonização da coisa julgada, e, de outro, aqueles que sustentam a proteção de um bem maior, qual seja, o direito à filiação, o qual, indubitavelmente, perpassa pelo conhecimento à origem genética, vertente importante do princípio da dignidade da pessoa humana. Daí a relevância do presente trabalho, que busca demonstrar os dois lados do aludido conflito.

Inicialmente, objetiva-se verificar como o instituto da coisa julgada é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, necessário será o estudo de seu conceito, a análise da coisa julgada formal e material e dos modos de produção da coisa julgada (*pro et contra, secundum eventum litis e secundum eventum probationis*) e, por fim, o exame das hipóteses de relativização tipicamente previstas pelo legislador no Código de Processo Civil de 1973.

Logo em seguida, após concluir-se pelo conceito de coisa julgada, serão traçados, ainda, os aspectos do direito filiatório brasileiro, após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, bem como serão delineadas as peculiaridades da sua evolução histórica e da sua natureza jurídica. Ademais, será demonstrada, nesse ponto, também, a análise da importância do exame de DNA na busca da verdade sobre a paternidade do autor da demanda investigatória.

Na sequência, procurar-se-á adentrar de vez no conflito entre a coisa julgada e o direito à filiação, nas ações investigatórias julgadas improcedentes por insuficiência de provas. Nesse sentido, será extremamente relevante o estudo do conteúdo do RE 363.889/DF, verdadeiro *leading case* sobre o tema. Dessa maneira, objetiva-se

apresentar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas. Nesse diapasão, indispensável, então, se mostrará a leitura do presente conflito entre princípios constitucionais, mencionados no aludido Recurso Extraordinário, à luz do princípio da proporcionalidade, desenvolvido por Robert Alexy, de modo a ponderar-se a segurança jurídica (representada pela coisa julgada) e a justiça (representada pelos direitos filiatórios).

Após, o objetivo é examinar os argumentos contrários e os favoráveis à relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, de modo a explanar os dois lados do embate, tal como a aplicabilidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* do processo coletivo nas demandas filiatórias.

Por fim, com intuito de complementar o presente estudo, será analisada também a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações negatórias de paternidade.

Em suma, após todas as considerações iniciais acima apontadas, o presente trabalho objetiva concluir pela relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, após o advento do exame de DNA, tomando como base não só os estudos doutrinários no âmbito do Direito de Família e do Direito Constitucional, como, principalmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Ao final de toda a análise, busca-se, efetivamente, portanto, demonstrar a posição jurisprudencial e doutrinária majoritária acerca da questão conflituosa. Nesse ínterim, fácil perceber que doutrina e jurisprudência se posicionam favoravelmente pela repositura das ações julgadas improcedentes por insuficiência de provas, quando ainda não se tinha conhecimento do teste de DNA ou quando as partes não possuíam condições de custeá-lo, tampouco havia previsão para que o Estado o bancasse, após o advento da referida técnica probatória, na busca de um equilíbrio entre o princípio da dignidade humana e a segurança jurídica.

Ressalta-se, por oportuno, que, no caso específico das ações investigatórias de paternidade que foram julgadas improcedentes por insuficiência probatória, será demonstrado, ainda, que os instrumentos típicos de relativização da coisa julgada não são eficazes para desconstituir tal instituto. Com efeito, na sistemática do Código Civil de 1973, a parte, caso entenda pela injustiça da decisão, deve buscar a realização do exame de DNA por meio de ação rescisória, respeitando, para tanto, o prazo decadencial de 02 (dois) anos, evitando-se, desse modo, que decisão se revista da autoridade da coisa julgada e torne-se impassível de modificação, sob pena de indevido abalo às relações já consolidadas.

Entretanto, nas hipóteses em que o prazo para interposição da ação rescisória se esgotou anteriormente ao advento do exame de DNA, o uso de tal mecanismo para revisão da sentença, que julgou improcedente a demanda investigatória, por insuficiência probatória, se tornou inútil. Dessa maneira, mostra-se essencial a busca de vias alternativas para a relativização da coisa julgada nas demandas filiatórias, como a ponderação, no caso concreto, entre a segurança jurídica e o direito à filiação.

Nesse ponto, imperioso se faz demonstrar que nem mesmo o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe soluções para o conflito ora analisado. Conforme se verá, estabelece a norma do artigo 975, §2º que o termo inicial do prazo da ação rescisória, 02 (dois) anos, somente tem início a partir da descoberta da prova nova, desde que não transcorrido prazo superior a 05 (cinco) anos do trânsito em julgado. A nova regra, todavia, não se aplicará às demandas filiatórias mais antigas, nas quais não foi possível a realização do exame de DNA, haja vista que muitas das ações foram renovadas muito após o transcurso do prazo máximo de 07 (sete) anos do trânsito em julgado, além de a discussão dizer respeito a um período anterior ao advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

1. O regime da coisa julgada no processo civil brasileiro.

1.1. Coisa julgada: a imutabilidade da norma contida na parte dispositiva da decisão judicial.

Iniciando o tratamento da temática a ser desenvolvida no presente trabalho, insta tecer breves comentários a respeito do instituto da coisa julgada no processo civil brasileiro, destacando-se a sua íntima relação com as decisões judiciais.

Para tanto, primeiramente, vale destacar que, conforme estabelece a norma do artigo 162 do Código de Processo Civil de 1973, são tipos de pronunciamentos judiciais: a sentença, a decisão interlocutória e o despacho. Dentre eles, a sentença é o pronunciamento do juiz que se refere a uma das hipóteses elencadas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, bem como o ato que coloca fim ao processo ou ao procedimento em primeiro grau de jurisdição, decidindo ou não o mérito da causa¹.

Com efeito, a sentença de mérito, como ato jurisdicional de extrema importância, é passível de se tornar imutável, não podendo ser revista ou modificada. Aliás, é indispensável que, para colocar fim ao conflito que é posto a disposição do Judiciário, este poder possua um mecanismo capaz de tornar o comando jurisdicional insuscetível de reapreciação. Caso assim não fosse, as partes poderiam, a todo tempo, renovar a mesma lide e tornar o conflito inacabável, impossibilitando a esperada pacificação social.

A essa imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito dá-se o nome de coisa julgada. Desse modo, as partes não podem propor a mesma demanda em juízo, os juízes não podem decidir novamente a respeito da mesma questão e o legislador não pode contrariar o que já ficou definitivamente julgado para as partes. Destarte, pode-se dizer que o conflito estará solucionado quando não se puder mais discuti-lo, tendo sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais².

A doutrina brasileira estabeleceu três diferentes acepções acerca do instituto da coisa julgada. A primeira acepção defende ser a coisa julgada um efeito da decisão. Dessa forma, tudo aquilo que o juiz declarou na sentença se torna imutável. A segunda

¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito Processual Civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012. p. 664-666.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 60.

acepção, por sua vez, estabelece que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da decisão judicial, de modo que estes estariam acobertados pela imutabilidade³.

Dentre os estudiosos que defendem a segunda corrente, está o italiano Enrico Túlio Liebman⁴, argumentando que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim a forma como esses efeitos, sejam eles declaratórios ou não, impõem-se. A coisa julgada seria, portanto, a indiscutibilidade que qualifica os efeitos da sentença.

Todavia, não obstante as considerações do aludido jurista, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, em seu artigo 467, parece ter incorporado a primeira concepção, definindo a coisa julgada como efeito da decisão proferida pelo juiz:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário⁵.

Já a terceira e última acepção, encabeçada por José Carlos Barbosa Moreira⁶ e defendida por Fredie Didier Júnior⁷, enxerga a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão. Em síntese, seria o conteúdo da decisão judicial, o seu dispositivo indiscutível, não havendo que se falar em imutabilidade dos efeitos, pois que estes são disponíveis.

Tal corrente parece ter sido adotada, então, no artigo 502 do Novo Código de Processo Civil de 2015, senão veja-se:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso⁸.

Superada a divergência a respeito das diversas acepções da coisa julgada, vale fazer algumas considerações acerca do tratamento constitucional do instituto em estudo.

O legislador, como forma de consagrar a ideia de segurança jurídica no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, de promover o Estado Democrático de

³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 472-476.

⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 22-23.

⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99-101.

⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013. p. 475-476.

⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015.

Direito, conferiu à coisa julgada assento constitucional (artigo 5º, XXXVI)⁹, elevando-a ao rol de direitos e garantias fundamentais presentes no aludido artigo 5º.

Ademais, sendo garantia constitucional inerente aos princípios da segurança jurídica e do próprio Estado Democrático de Direito, a coisa julgada foi alçada à condição de cláusula pétrea, ou seja, incapaz de ser excluída ou até mesmo restringida por Emenda Constitucional (artigo 60, §4º, IV)¹⁰.

Todavia, em que pese o status de cláusula pétrea alcançado, em casos extraordinários, a coisa julgada poderá ser afastada para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado. Até porque, em um Estado Democrático de Direito, não se pode cogitar de direito ou garantia constitucional de natureza absoluta, sendo possível, portanto, que eventual colisão entre direitos fundamentais importe na relativização, no caso concreto, daquele que for considerado de menor importância.

Tal tese de relativização da coisa julgada material possui origem no Superior Tribunal de Justiça e parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, de modo que todos eles devem ser interpretados harmonicamente. Assim, aqueles que defendem tal posicionamento acreditam que o princípio da proporcionalidade, utilizado para solucionar conflitos entre princípios constitucionais, também deve ser aplicado à coisa julgada. Portanto, colidindo dois ou mais valores tutelados pela Constituição, devem prevalecer aqueles que mais se coadunam com o sistema constitucional¹¹.

No presente trabalho, como se verá, há posicionamentos no sentido de se restringir a coisa julgada nas hipóteses de ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, entendendo-se que o direito fundamental à filiação possui maior relevância concreta do que a própria garantia constitucional da coisa julgada.

Lado outro, como se mostrará, aqueles que veem a coisa julgada como verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito, protetor da segurança jurídica, insurgem-se veementemente contra a ideia de relativização da coisa julgada, diante da

⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 160-161.

possibilidade de que o conflito seja infinitamente renovado e o Poder Judiciário seja incapaz de gerar pacificação social.

1.2. As duas faces da coisa julgada: formal e material.

Partindo-se do conceito de coisa julgada como a imutabilidade da norma contida na parte dispositiva da decisão judicial, é possível dividir a coisa julgada entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

A primeira se verifica quando a indiscutibilidade se limita ao âmbito do processo em que a decisão foi enunciada, não podendo mais ser impugnada por nenhum instrumento recursal. A coisa julgada formal, também denominada de trânsito em julgado, é, portanto, um evento endoprocessual e decorre da irrecorribilidade da decisão judicial¹².

Em contrapartida, a coisa julgada material se caracteriza por produzir efeitos para além dos limites do processo em que a decisão foi pronunciada. Destarte, seja no processo em que foi dada ou em qualquer outro processo, a decisão será indiscutível, de modo que a coisa julgada material é vista como um fenômeno endo/extraprocessual¹³.

Ressalta-se, por oportuno, que para se chegar à coisa julgada material é inevitável que se passe, primeiramente, pela coisa julgada formal, uma vez que esta é pressuposto lógico daquela.

Quando uma decisão judicial é abrangida pela imutabilidade da coisa julgada material, quatro aspectos essenciais se fazem presentes.

Inicialmente, há que se destacar que a decisão imunizada pela coisa julgada material é uma decisão jurisdicional, uma vez que apenas atos dessa natureza podem se submeter aos poderes do aludido instituto. Ademais, a decisão jurisdicional deve versar sobre o mérito da causa, isto é, ter como base uma das hipóteses do artigo 269 do Código de Processo Civil de 1973. Entretanto, a decisão, deve, além de tratar do mérito

¹² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 468-470.

¹³ *Idem*.

da lide, ter sido proferida com cognição exauriente, ou seja, ser uma decisão definitiva. Por derradeiro, é necessário, ainda, que tenha se cristalizado a coisa julgada formal¹⁴.

Preenchidos os pressupostos acima referidos, a decisão judicial estará apta a fazer coisa julgada.

1.3. Modos de produção da coisa julgada.

No processo civil brasileiro, existem três modos de produção da coisa julgada: coisa julgada *pro et contra*, coisa julgada *secundum eventum litis* e coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* é a regra no processo individual e se caracteriza pelo fato de que a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas não dependem do fundamento da decisão. Em outras palavras, a coisa julgada se forma independentemente do resultado do processo, pouco importando se a decisão definitiva proferida foi de procedência ou improcedência, ou se houve ou não o exaurimento probatório¹⁵.

Por sua vez, a coisa julgada *secundum eventum litis*, que não tem maior relevância para o estudo do presente trabalho, forma-se de acordo com o resultado da demanda: procedente ou improcedente. Seu tratamento possui maior enfoque no estudo processo coletivo¹⁶.

Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela produzida apenas nos casos de esgotamento das provas. Desse modo, a decisão judicial somente formará a coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Destarte, se a demanda for julgada improcedente por insuficiência probatória, não haverá formação de coisa julgada¹⁷.

Nesse diapasão, a técnica da cognição *secundum eventum probationis* permite que a causa seja julgada sem caráter de definitividade, a fim de que não seja alcançada pela coisa julgada material. Possui aplicação na ação civil pública, na ação popular e nas ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 468-470.

¹⁵ *Ibidem*, p. 483-485.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

A respeito da coisa julgada *secundum eventum probationis*, estabelecem a Lei de Ação Civil Pública (artigo 16 da Lei nº 7.347/85) e a Lei da Ação Popular (artigo 18 da Lei nº 4.717/65), respectivamente:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova¹⁸.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova¹⁹.

Prevê, ainda, a norma do artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; [...] ²⁰.

Como se verá ao longo do trabalho, tais dispositivos servirão de base para a própria relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, nas hipóteses em que, tal qual mencionado nos artigos, a ação é julgada improcedente por insuficiência de provas.

1.4. Relativização da coisa julgada.

A finalizar o tratamento do instituto da coisa julgada, necessário fazer alguns apontamentos a respeito das hipóteses, mencionadas pela doutrina e pela jurisprudência, de sua relativização. Para tanto, vale mencionar que há posicionamentos tanto pela possibilidade como pela impossibilidade de relativização, como se verá em sequência.

Inicialmente, contudo, destaca-se que a própria ordem processual civil já admite hipóteses legais de relativização da coisa julgada, os chamados meios típicos de

¹⁸ BRASIL. Lei nº 7.347. 24 de julho de 1985.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 4.717. 29 de junho de 1965.

²⁰ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 11 de setembro de 1990.

revisão. Baseando-se em tais previsões, é possível argumentar que a coisa julgada material não é um valor absoluto, o que dá brechas para a construção da tese da sua relativização.

São meios típicos de revisão da coisa julgada, admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros, a ação rescisória (artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973), a *querela nullitatis* (artigo 741, I do Código de Processo Civil de 1973) ou *exceptio nullitatis* (artigo 475-L, I, do Código de Processo Civil de 1973) e a impugnação de sentença inconstitucional (artigo 475-L, §1º e artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973)²¹.

No entanto, para além dos instrumentos típicos de relativização da coisa julgada material, existem também os meios atípicos, os quais têm por fundamento impedir que uma decisão judicial se petrifique quando inconstitucional ou injusta. Nesses casos, a decisão não forma coisa julgada material e, por esse motivo, pode ser revisada a qualquer momento²². Dentre os processualistas que defendem a relativização da coisa julgada por meio de critérios atípicos está Cândido Rangel Dinamarco²³. Para este autor, as hipóteses legais mencionadas não exaurem a possibilidade de relativização.

A respeito da temática, vale destacar as palavras de Dinamarco, evidenciando o caráter não absoluto da coisa julgada, passível de relativização sempre que em confronto com interesse maior:

[...] não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade da pessoa humana e intangibilidade do corpo etc. É preciso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em

²¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 498.

²² *Ibidem*, p. 502.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo. RT. 2003. p. 30-31, disponível em xa.yimg.com/kq/groups/23046375/2069446429/name/Relativizar+a+Coisa+Julgada.pdf, acesso em 07/12/2015.

nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável [...]”²⁴.

Nesse ínterim, o processualista destaca que renomados autores, tais como Pontes de Miranda²⁵, Eduardo Couture²⁶, Juan Carlos Hitters²⁷ e Hugo Nigro Mazzilli²⁸ também sustentam a possibilidade de relativização da coisa julgada para além dos meios tipicamente previstos.

Com efeito, Pontes de Miranda²⁹ cita o exemplo da sentença que pusesse alguém sob o regime da escravidão (denomina sentença ininteligível), que poderia ser desconstituída através de nova demanda, com o mesmo objeto, mas com pedido de solução conforme a ordem jurídica.

Já Eduardo Couture³⁰ defende que a sentença baseada em ato de fraude processual não pode ser acobertada pela coisa julgada.

Juan Carlos Hitters³¹, por sua vez, sustenta que vícios substanciais da sentença (injustiças) são suscetíveis de serem alegados e reconhecidos mesmo depois de decorrido eventual prazo preclusivo previsto em lei (no caso brasileiro, dois anos da ação rescisória).

Por fim, Hugo Nigro Mazzilli³² argui a relativização nas ações coletivas, em razão da preponderância dos interesses coletivos sobre a autoridade da coisa julgada. Para tanto, cita o exemplo em que uma ação ambiental foi julgada improcedente com base em equívocos ou fraudes periciais, que concluíram não ter havido dano ao meio ambiente. Todavia, se outra perícia verifica o equívoco da anterior e conclui pelo dano

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo. RT. 2003. p.32, disponível em xa.yimg.com/kq/groups/23046375/2069446429/name/Relativizar+a+Coisa+Julgada.pdf, acesso em 07/12/2015.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões**, 5a ed., Rio, Forense, 1976, p. 195.

²⁶ COUTURE, Eduardo Juan. “**Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos**”, in *Estudios de Derecho Procesal civil*, III, B.Aires, Depalma, 1978, p. 388.

²⁷ HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la Cosa Juzgada**, La Plata, Platense, 1977, p. 305-306, *apud Ibidem*, p. 18-19.

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 10 ed., S.Paulo, Saraiva. 1998, p. 171-172, *apud Ibidem*, p. 19-20.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões**, 5a ed., Rio, Forense, 1976, p. 195, *apud Ibidem*, p. 16.

³⁰ COUTURE, Eduardo Juan. “**Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos**”, in *Estudios de Derecho Procesal civil*, III, B.Aires, Depalma, 1978, p. 388, *apud Ibidem*, p. 18.

³¹ HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la Cosa Juzgada**, La Plata, Platense, 1977, p. 305-306, *apud Ibidem*, p. 18-19.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 10 ed., S.Paulo, Saraiva. 1998, p. 171-172, *apud Ibidem*, p. 19-20.

ambiental, não poderia prevalecer a sentença pretérita, sob pena de permitir a destruição do próprio *habitat* do ser humano.

Nesse sentido, Dinamarco³³, procurando defender seu posicionamento acerca do tema, propõe que critérios sejam criados para que a relativização da coisa julgada aconteça de forma equilibrada e racional, sendo necessário, para tanto, o sopesamento de valores e a indicação de quais devem prevalecer sobre a coisa julgada e quais não, bem como em que casos haverá essa prevalência ou não.

Todavia, existem juristas, tais como Eduardo Talamini³⁴ e Luiz Guilherme Marinoni³⁵ que não admitem a relativização da coisa julgada, senão pelos meios juridicamente já previstos, uma vez que, valendo-se o Judiciário de uma ampla margem interpretativa, decisões das mais diversas poderiam surgir, o que coloca em xeque a segurança jurídica. Desse modo, seria a coisa julgada atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito, responsável por promover o acesso ao Poder Judiciário. Assim, deve-se garantir ao cidadão o acesso à justiça, bem como assegurar-lhe uma decisão definitiva e imutável³⁶. A opinião específica de tais juristas nas ações de investigação de paternidade será mais bem desenvolvida ao longo do trabalho.

Como é cediço, a indiscutibilidade da coisa julgada pode levar a decisões injustas, as quais, em certas circunstâncias, acabarão por perpetuar situações indesejadas e incompatíveis com a realidade fática. Entretanto, já prevendo tais riscos, o legislador cuidou de definir as hipóteses em que se pode discutir a coisa julgada, sem que se atinja a harmonia criada entre a garantia da segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, não havendo que se falar, portanto, na visão dos mencionados juristas, em outros meios de superação da coisa julgada que não os previamente definidos em lei³⁷.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo. RT. 2003, p. 25, disponível em xa.yimg.com/kq/groups/23046375/2069446429/name/Relativizar+a+Coisa+Julgada.pdf, acesso em 07/12/2015.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005, p. 621-628.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008, p. 191.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador. JusPODIVM. 2006, p. 199.

³⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 504.

Contudo, analisando criticamente as hipóteses de relativização acima referidas, Dinamarco esclarece que, em todas elas, a premissa comum é a “prevalência do substancial sobre o processual, ou seja, o culto ao valor do justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada³⁸”. Não há, porém, um critério geral ou a existência de limites para a relativização.

Dessa forma, em todas as hipóteses comumente mencionadas pela doutrina, a sentença a ser relativizada pretendeu ditar um preceito juridicamente impossível, que é repellido por razões superiores, de ordem constitucional. Ou seja, assim como as sentenças terminativas produzem mera coisa julgada formal, já que não se pronunciam sobre o mérito da demanda, as sentenças juridicamente impossíveis também não podem produzir coisa julgada material (mas apenas formal), porque seus efeitos, ao violarem princípios e regras constitucionais, são insuscetíveis de pôr fim ao conflito posto em juízo³⁹.

Em resumo, “sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade⁴⁰”.

Vale ressaltar, todavia, que cabe aos juízes, na análise do caso concreto, verificar se a ofensa é de tal monta que seja incapaz de gerar a coisa julgada material, lembrando que tal medida é excepcional e deve ser recusada diante de casos em que não haja absurdos, injustiças graves ou transgressões constitucionais. Como garantia constitucional que é, a coisa julgada deve ser relativizada apenas quando em confronto com bem de maior relevância concreta, sempre de maneira excepcional, sob pena de indevida instabilidade das relações jurídicas⁴¹.

A finalizar o presente capítulo, destaca-se o conteúdo das decisões judiciais abaixo transcritas, que adotam a tese da relativização, de maneira excepcional:

[...] A jurisprudência do STJ tem, de fato, aplicado a teoria da relativização da coisa julgada, mas o tem feito apenas em situações excepcionais, nas quais a segurança jurídica, que é o seu princípio

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo. RT. 2003, p. 27, disponível em xa.yimg.com/kq/groups/23046375/2069446429/name/Relativizar+a+Coisa+Julgada.pdf, acesso em 07/12/2015.

³⁹ *Ibidem*, p. 28-31.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 31.

⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

informador, tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como a busca da verdade real (nas ações sobre filiação cujas decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores), a força normativa da Constituição e a máxima eficácia das normas constitucionais (nas execuções de títulos judiciais fundados em norma declarada inconstitucional pelo STF) e a justa indenização (nas ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos). A mera alegação de que uma sentença acobertada pela coisa julgada material consagra um erro de julgamento, consistente na aplicação equivocada de um dispositivo legal, não é suficiente para que seja posta em prática a teoria da relativização. A correção de tais erros deve ser requerida oportunamente, por meio dos recursos cabíveis ou da ação rescisória. [...] ⁴².

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual Civil. Ação civil pública. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes. [...]. Este Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de admitir, em determinadas hipóteses excepcionais, a relativização da coisa julgada. 3. Agravo regimental não provido ⁴³.

Nesse diapasão, analisando detidamente as decisões proferidas nos Tribunais Superiores acerca da temática abordada, é possível concluir que tais órgãos adotam um posicionamento favorável à relativização da coisa julgada, fora das hipóteses taxativas previstas em lei.

⁴² STJ, REsp 1163649/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 27/02/2015.

⁴³ STF, AI 665003 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22/08/2012 PUBLIC 23/08/2012, grifo nosso.

2. A filiação e a paternidade na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

2.1. Aspectos históricos e a evolução da natureza jurídica.

Superado o estudo da coisa julgada e de sua relação com o princípio da segurança jurídica, necessário enfrentar o outro lado do conflito a ser debatido no presente trabalho: o direito fundamental à filiação e seu tratamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Novo Código Civil de 2002.

Inicialmente, imperioso se faz traçar o conceito de filiação. Assim, filiação pode ser definida como a ligação consanguínea que se estabelece entre filhos e pais, em linha reta e em primeiro grau de parentesco⁴⁴. Pela ótica inversa, a dos pais, essa mesma relação também pode ser chamada de paternidade ou maternidade⁴⁵.

A filiação, dada a íntima proximidade do liame existente entre os filhos e seus genitores, bem como o alto grau de afetividade que marca essa ligação, é a relação de parentesco mais importante no âmbito do direito de família⁴⁶.

Dessa forma, considerando a relevância de tal elo, a Constituição Federal de 1988, a fim de evitar a discriminação existente no Código Civil de 1916 entre filhos legítimos e ilegítimos e de modo a promover a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 227, §6º, determinou absoluta igualdade entre os filhos, construindo, assim, uma nova acepção de filiação no direito brasileiro⁴⁷. Vale citar, portanto, o teor do dispositivo constitucional:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação⁴⁸.

Nesse sentido, estabelecia o Código Civil de 1916, antes mesmo da previsão de igualdade entre os filhos, que os legítimos eram aqueles provenientes do casamento tradicional. Por sua vez, quando os genitores não fossem casados, os filhos eram considerados ilegítimos, podendo ser naturais ou espúrios. Os naturais eram frutos da

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 318.

⁴⁵ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010, p. 537.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 537.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 538.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

relação entre pessoas desimpedidas de casar. Já os filhos espúrios advinham de uma relação proibida por lei entre os genitores, que eram, por conseguinte, impedidos de contrair núpcias. Destarte, se a proibição resultasse do fato de um ou dos dois genitores serem casados, os filhos eram chamados adúlterinos. E se o impedimento adviesse do parentesco próximo, os filhos eram denominados incestuosos⁴⁹.

Por oportuno, possível concluir que o Código Civil de 1916 ressaltava o aspecto eminentemente biológico da filiação, haja vista esta ser conceituada como mero “laço existente entre a pessoa que nasce e seus genitores⁵⁰”. Pela leitura atenta do brocardo mencionado, observa-se que a filiação não é tida como um direito de personalidade da pessoa, mas mera ligação entre ela e seus genitores biológicos. Nesse sentido, foram criadas as presunções de paternidade que até hoje vigem no Novo Código Civil de 2002, sendo clara a opção do legislador por preservar o instituto do casamento ao imputar a paternidade do filho da mulher casada ao seu marido. Nesta linha, a investigação de paternidade servia, unicamente, ao reconhecimento dos chamados “filhos ilegítimos”, isto é, nascidos fora das relações matrimoniais⁵¹.

Sobre a temática, vale transcrever a crítica de Luiz Edson Fachin:

[...] a verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurram os filhos que não se submetiam aos estritos limites da lei [...]⁵².

Como se verá na sequência, este abominável tratamento discriminatório trazia graves problemas para o próprio direito à paternidade, gerando, inclusive, barreiras muitas vezes intransponíveis para o êxito da ação investigatória. Nesse diapasão, é relevante a problemática tratada no presente trabalho, haja vista as diversas ações improcedentes no passado por conta da aludida discriminação quanto aos chamados “filhos ilegítimos”.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 319

⁵⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Brasileiro**. 1 ed. Campinas-SP. Bookseller, 2001, p. 490 *apud* DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 3-4, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

⁵¹ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 4, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – Relação biológica e afetiva**, Belo Horizonte. Del Rey, 1996, p. 20.

Ultrapassada tal classificação e com base nas novas diretrizes constitucionais acerca do instituto da filiação, atualmente, todos os filhos, havidos ou não na constância do matrimônio, são apenas filhos, com iguais direitos e sem quaisquer discriminações⁵³.

Desse modo, foram afastados os privilégios concedidos aos filhos, única e exclusivamente em virtude da existência de união conjugal entre seus pais, sendo certo que, desde então, está abolida do ordenamento jurídico brasileiro a diferenciação entre prole legítima e ilegítima, sendo vedado qualquer tipo de tratamento nestes termos.

Com efeito, como instrumento impulsionador da dignidade e da personalidade humana, a nova concepção de filiação, calcada no texto constitucional, tem por objetivo evitar que os filhos sejam tratados de modos diversos, em decorrência de terem sido gerados em uma relação conjugal ou não. Destarte, desvinculou-se totalmente a noção de filiação ao tipo de relação mantida entre os genitores⁵⁴.

Nessa senda, estabelece o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.596, que possui a mesma redação do mencionado artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação⁵⁵.

Entretanto, a despeito dos avanços conquistados com a nova visão sobre a filiação, o Código Civil de 2002, como dito acima, manteve a presunção de paternidade apenas para os filhos nascidos de genitores casados, em claro intento protecionista da entidade familiar do casamento, desconsiderando, assim, as mais diversas formas de entidades familiares existentes e protegidas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §§2º-4º. Ademais, vale ressaltar que, muito embora a Constituição faça menção a apenas três formas de família (casamento, união estável e entidade

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 319.

⁵⁴ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010, p. 538.

⁵⁵ BRASIL. **Código Civil**. 2002.

monoparental), entende-se que tal rol é meramente exemplificativo e não exclui outras espécies de família, caracterizadas essencialmente pela socioafetividade⁵⁶.

Destaca-se, por oportuno, que, tendo em vistas as inovações trazidas pela Carta Magna, a qual prima pelos interesses superiores da pessoa humana e pela garantia de dignidade do homem, ganharam força os novos instrumentos de averiguação e reconhecimento da filiação, o que acaba por construir um direito de família mais contemporâneo, aberto às mudanças da sociedade e em busca de decisões mais sensíveis e justas⁵⁷.

Portanto, é possível concluir, levando-se em conta a isonomia perpetrada pelo texto constitucional, que o direito filiatório, deve, sobretudo, servir à realização pessoal e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Além disso, importante frisar que a nova concepção de filiação enxerga a transmissão do patrimônio como mero efeito, dando maior enfoque às relações existenciais entre pais e filhos. Por fim, necessário relevar a necessidade de se romper com a ligação existente entre a filiação o tipo de relacionamento vivenciado pelos genitores, protegendo aquela independentemente de sua origem⁵⁸.

Atualmente, pois, na esteira das novas concepções acerca do direito de família, estampadas na Constituição Federal de 1988, definem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “a família como instrumento ideal, o *locus* privilegiado, onde a pessoa humana trava relações diversas com outras pessoas, com o propósito de alcançar o desenvolvimento das suas potencialidades e a realização plena de sua personalidade⁵⁹”.

Nesse diapasão, como um dos mecanismos de realização dessa personalidade, está a filiação. Destarte, a nova ordem filiatória tem por objetivo promover e proteger os valores republicanos da dignidade, da solidariedade social, da igualdade e da liberdade, tendo, por conseguinte, verdadeira natureza jurídica de direito de personalidade e direito fundamental da pessoa humana.

⁵⁶ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010, p. 539.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 540.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 540 e 544.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 541.

2.2. Ações negatória e investigatória de paternidade.

O sistema filiatório brasileiro baseia-se em uma presunção legal de paternidade, segundo a qual o filho concebido na constância do casamento tem como pai o marido de sua mãe⁶⁰. Em outras palavras, o filho da mulher casada foi fecundado por seu esposo.

Embora tal presunção não tenha maiores implicações no que diz respeito à filiação legítima e ilegítima, dadas às evoluções constitucionais já mencionadas, continua sendo relevante o seu estudo na seara das ações negatórias de paternidade.

Desse modo, a ação negatória de paternidade, também conhecida como ação de contestação de paternidade, tem por objetivo excluir a presunção legal de paternidade⁶¹.

No âmbito do Código Civil de 1916, o marido somente poderia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher, caso comprovasse que, no período da concepção, estava impedido fisicamente de com ela coabitar ou que já estavam de fato separados. Verifica-se, assim, o rigor de tal presunção. Lado outro, tais exigências foram eliminadas pelo Código Civil de 2002, tornando-se a ação negatória imprescritível, uma vez que, com as evoluções científicas, passou a ser possível aferir quem é o pai biológico com a certeza desejada⁶².

O novo diploma civil prevê, ainda, que a titularidade ativa de tal ação é privativa do marido, podendo ser transferida aos seus herdeiros, se aquele vier a falecer no curso do processo investigatório. A titularidade passiva, por sua vez, é do filho, conjuntamente com a mãe, que realizou o seu registro⁶³.

Todavia, é possível também que o filho impugne a paternidade, desde que fique provado erro ou falsidade no registro. Corroborando para este entendimento, determinou a norma do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 320.

⁶¹ *Ibidem*, p. 330.

⁶² *Ibidem*, p. 329-330.

⁶³ *Ibidem*, p. 331.

contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça⁶⁴.

No que se refere à ação investigatória de paternidade, como dito anteriormente, embora a Constituição Federal de 1988 tenha instituído a plena igualdade entre todos os filhos, somente aqueles concebidos na constância do matrimônio são beneficiados pela presunção legal de paternidade. Ou seja, os filhos de pais casados não necessitam ser reconhecidos, pois o Código Civil de 2002 prevê a paternidade como decorrência lógica do casamento.

Os filhos havidos fora do casamento, por sua vez, não são privilegiados com essa presunção. Desse modo, não obstante o vínculo biológico existente entre estes e seus pais, o vínculo jurídico de parentesco apenas se formará após o reconhecimento, que poderá ser voluntário ou judicial por meio da ação de investigação de paternidade⁶⁵.

Quando não houver o reconhecimento voluntário, o filho poderá se valer do reconhecimento judicial, recorrendo, portanto, à ação de investigação de paternidade, que se trata de uma ação de estado, possuindo natureza declaratória e caracterizada por ser absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público, além de instrumento de promoção da dignidade e do desenvolvimento da personalidade humana⁶⁶.

O reconhecimento do estado de filiação é, conforme estabelecido pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, direito personalíssimo e indisponível. Nesse ínterim, a legitimidade ativa para o ajuizamento da aludida ação é privativa do filho, que deverá ser representado pela mãe ou pelo tutor, quando menor de idade⁶⁷.

Por outro lado, dependendo sobre quem recai a investigação, a legitimidade passiva poderá ser do pai ou da mãe, ou sobre os herdeiros, caso aqueles sejam falecidos.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069**. 13 de julho de 1990.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 340.

⁶⁶ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 7, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 353.

Atualmente, a investigação de paternidade pode ser proposta por qualquer filho concebido fora do casamento. Todavia, nem sempre foi assim. O Código Civil de 1916 exigia que alguns fatos fossem provados, para que a referida ação pudesse ser proposta. Dessa forma, o referido diploma determinava que o suposto filho comprovasse que: i) à época de sua concepção, tivesse ocorrido o concubinato de sua mãe com o pretense pai; ii) sua concepção tenha ocorrido no mesmo período em que sua mãe foi raptada pelo provável pai ou em que estes tenham mantido relações sexuais; iii) havia algum tipo de reconhecimento escrito e expresso de sua paternidade pelo presumível pai⁶⁸.

Ademais, no regime do Código Civil de 1916, era vedado o manejo da ação investigatória ao filho adúltero, enquanto vigesse a sociedade conjugal do seu suposto pai, e ao incestuoso. Vale dizer, somente os “filhos ilegítimos naturais” (isto é, aqueles cuja paternidade não era resolvida pela presunção, a exemplo do filho de pais ainda não casados) poderiam utilizar a ação investigatória, nos termos do antigo e malfadado artigo 363 do Código Civil de 1916 (que é repetido, em termos, no artigo 1.605 do Novo Código Civil de 2002)⁶⁹:

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente⁷⁰.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos⁷¹.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 359

⁶⁹ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 5-6, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

⁷⁰ BRASIL. **Código Civil**. 1916.

Em contrapartida, cabia ao investigado se defender negando o fato ou, ainda, se este já estivesse provado, demonstrar que a mãe do investigante também teve relações sexuais com outros homens no período da concepção, de modo a gerar dúvida acerca da verdadeira paternidade do filho, levando, portanto, à improcedência da ação.

Nessa seara, o exame hematológico não era capaz de afirmar com a certeza absoluta desejada a quem deveria ser reconhecida a paternidade do filho. Entretanto, com a evolução dos meios científicos de averiguação, passou a ser possível, por meio do exame de DNA, revelar a verdadeira origem genética do investigante, reconhecendo-se, assim, a sua paternidade e atribuindo-a ao seu pai biológico, inclusive nos casos em que ficar provado que a mãe teve contato sexual com outros homens⁷².

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ascensão do exame de DNA, passou a ser possível argumentar que os dispositivos mencionados não foram recepcionados pelo novo ordenamento constitucional, haja vista este último deixar claro a necessidade de que não houvesse distinções entre os filhos. Ademais, a aplicação do exame de DNA, que trazia um grau de elevada certeza sobre a paternidade, tornava de pouca ou nenhuma eficácia as presunções legais de paternidade que foram acima expostas.

Destarte, o Código Civil de 2002, em franca compatibilização com a nova realidade constitucional, ao contrário do diploma antecessor, não traz um rol de hipóteses em que a ação de investigação de paternidade é cabível. Ademais, além do exame de DNA, continuam sendo válidos todos os demais meios de prova admitidos em direito para se alcançar a verdade sobre a filiação⁷³.

Hoje, a ação investigatória, como instrumento inerente ao direito à filiação, não pode ficar submetida a qualquer limitação, sob pena de patente inconstitucionalidade.

2.3. A busca da verdade sobre a paternidade e o exame de DNA.

Desde o longínquo ano de 1854, quando Gregor Mendel descobriu as leis de hereditariedade, a partir da análise de ervilhas cultivadas, a ciência vem se desenvolvendo

⁷¹ BRASIL. **Código Civil**. 2002.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 359-360.

⁷³ *Ibidem*, p. 360-361.

na pesquisa genética, que atingiu seu grande ápice com o advento do exame de DNA (ácido desoxirribonucleico). O exame de DNA, atualmente, permite precisar o vínculo de paternidade, com quase absoluta certeza, por meio da pesquisa genética⁷⁴.

A respeito da precisão dos resultados do exame de DNA, que possuem certeza científica na casa dos 99,999%, Maria Helena Diniz destaca que:

[...] a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões. Como a população da Terra é estimada em 5 bilhões de pessoas (com 2.5 bilhões de homens) é virtualmente impossível que haja coincidência⁷⁵.

Com efeito, importante destacar a necessidade de que o teste de DNA seja feito em laboratório confiável, por meio do auxílio de profissionais competentes e habilitados. É preciso, ainda, que a colheita do material, preferencialmente sangue, seja feita na presença dos assistentes técnicos das partes e que este seja armazenado em local apropriado, a fim de se evitar erros e a impugnação do exame, o que levará à realização de um novo teste⁷⁶.

É certo, ainda, que, diante de tamanha certeza científica, qualquer outro meio de prova nas ações investigatórias de paternidade fica em segundo plano, devendo ser buscada, sempre que possível, a realização dos meios de prova biológicos, em busca da verdade, sem descartar, contudo, outros meios aptos à revelação da paternidade.

Portanto, dado seu elevado grau de certeza, como prova pericial de maior destaque no mundo científico, deve o juiz determinar sua realização, sem desprezar, contudo, outros meios igualmente idôneos, como a prova testemunhal e a documental. Isso porque tais provas, ao mesmo tempo em que podem reforçar a certeza científica do DNA, podem também contradizê-lo, ensejando a sua produção novamente.

Nessa linha de pensamento, estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça, acerca da valoração da prova nas ações de investigação de paternidade, que se o resultado do exame de DNA for de encontro às conclusões dos demais meios de prova,

⁷⁴ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 7, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n.º 6.960/2002. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 273.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 366-367.

novo exame genético deverá ser realizado, todavia em laboratório diverso, a fim de se prevenir novos erros. Assim, se o novo exame de DNA confirmar o resultado do primeiro teste, os demais meios de prova deverão ser afastados, prevalecendo então o ultimato dos laudos periciais. Entretanto, se o segundo exame trouxer conclusão distinta do anterior, as demais provas devem ser consideradas⁷⁷.

Porém, em que pesem as inovações trazidas pela ciência, na busca pela origem de cada ser humano, nenhum indivíduo poderá ser compelido a fornecer seu material genético para o teste de DNA. Assim, diante de eventual recusa, esta poderá ser interpretada de modo desfavorável ao suposto pai pelo juiz da causa, desde que o julgador esteja munido de outros elementos de prova que apontem para a paternidade do investigado.

Neste sentido, a lei acabou por permitir uma presunção judicial de paternidade, autorizando o juiz a presumir a paternidade em tais situações, de acordo com o contexto probatório do caso concreto, ressaltando-se que não é possível concluir pela paternidade baseando-se única e exclusivamente na recusa do suposto pai.

Nesse diapasão, corrobora o entendimento do artigo 2º-A, parágrafo único da Lei nº 8.560/1992:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório⁷⁸.

Com este entendimento, visa-se a proteção da integridade física daquele que não quer fornecer seu material genético. Porém, ao mesmo tempo, resguarda-se o direito à paternidade do autor da ação, até porque, nos termos do artigo 231 do Código Civil de 2002, ninguém pode se beneficiar da recusa em se submeter a exame pericial.

Conclui-se, assim, que a busca pela verdade acerca da paternidade é constantemente mencionada nos Tribunais Superiores nas ações de investigação de paternidade, como se verifica a seguir:

⁷⁷ STJ, REsp 192.681-PR. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU: 24/03/2003.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 8.560. 29 de dezembro de 1992.

[...] Se o vínculo biológico foi afastado por prova genética (exame de DNA) e, por depoimentos, comprovou-se a ausência de vínculo afetivo entre o declarante e o menor, não há como manter filiação em desacordo com a realidade. 3. Nas ações de estado, prevalece o princípio da verdade real, que deve ser afastado apenas em circunstâncias particulares e especiais, considerando-se o caso concreto. 4. Recurso especial desprovido⁷⁹.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada. Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial desprovido⁸⁰.

Desse modo, tamanha a importância do conhecimento sobre a paternidade do investigante, que, na visão dos Tribunais Superiores, o interesse social das demandas investigatórias de paternidade permite que o juiz busque provas e não seja mero espectador, propiciando verdadeira justiça no caso concreto. Assim, a atividade probatória do juiz deve incluir a obrigação de ordenar a realização do exame do DNA, ressalvada a possibilidade de recusa, como acima já mencionado⁸¹.

Ademais, há dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 130 e 320, II) que fundamentam a necessidade de uma instrução probatória exauriente em se tratando de direitos indisponíveis, ou seja, diante do interesse público e social que permeia as demandas investigatórias, a busca da verdade sobre a filiação deve ser uma tarefa primordial do magistrado.

Nesse ínterim, vale a crítica quanto à existência de sentenças antigas, nas quais a busca pela verdade não prevaleceu e as regras relativas ao ônus de prova acabaram por determinar o (in)sucesso da demanda. São, portanto, as ações

⁷⁹ STJ - REsp 1362557 DF 2013/0008743-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2014.

⁸⁰ STJ - REsp 1375644 MG 2013/0082150-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014.

⁸¹ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 10-11, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

investigatórias de paternidade improcedentes por insuficiência de prova, objeto de estudo do presente trabalho.

3. A relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade.

3.1. Ações investigatórias de paternidade improcedentes por insuficiência probatória: conflito entre coisa julgada e direito à filiação.

Vencidas as considerações iniciais acerca da coisa julgada, bem como do direito fundamental à filiação e sua natureza jurídica, imperioso se faz, ainda, o estudo daquele instituto nas ações investigatórias de paternidade.

Primeiramente, mister destacar, como já mencionado no presente trabalho, que a regra no processo civil individual é a da coisa julgada *pro et contra*. Significa dizer, então, que, independentemente do resultado alcançado no processo, se de procedência ou de improcedência, e tendo sido exauridos ou não todos os meios probatórios, haverá a formação de coisa julgada material. Em outras palavras, a norma contida na parte dispositiva da decisão judicial será inevitavelmente acobertada pela imutabilidade da coisa julgada⁸².

Nesse sentido, nas ações de investigação de paternidade, que, em tese, submetem-se ao procedimento das ações individuais, independentemente do resultado da demanda, havendo ou não exaurimento probatório, o resultado final contido na decisão judicial estaria acobertado pela imutabilidade da coisa julgada, o que significa dizer que um direito de suma importância para aquele que até então não possui genitor ficaria definitivamente decidido e insuscetível de nova apreciação judicial.

A grande problemática, que inclusive motivou a realização do presente estudo, reside nas ações investigatórias definitivamente decididas de acordo com as regras do ônus da prova estabelecidas no Código de Processo Civil de 1973. Em um passado não tão distante, o exame de DNA, principal meio de prova em tais ações, não era tão difundido e, ainda que o fosse, seu custo era elevado.

Diante de tais percalços, de ordem fática, científica e até econômica, o autor da ação investigatória e sua genitora, muitas vezes, ficavam sem os instrumentos necessários para provar o elemento constitutivo de seu direito. Por conta das aludidas dificuldades e em um período de reduzido ativismo judicial, as sentenças eram

⁸² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013, p. 483-485.

proferidas com base nas regras do ônus da prova, o que variadas vezes tolhia o autor de seu direito à paternidade.

Destarte, considerando o interesse social das demandas investigatórias de paternidade, seria de suma importância que o juiz deixasse de ser mero espectador e passasse a buscar as provas necessárias a propiciar, no caso concreto, verdadeira justiça. Desse modo, a atividade probatória do juiz deveria incluir, principalmente, a obrigação de ordenar a realização do exame de DNA.

No entanto, são inúmeras as pessoas que até os dias de hoje possuem apenas o nome da mãe em seus registros de nascimento, carteiras de identidade e outros documentos pessoais, realidade com a qual o Direito Constitucional e de Família atual não pode conviver.

É nesta linha de raciocínio que se faz relevante analisar o conteúdo do RE 363.889/DF, verdadeiro *leading case* sobre o tema, cuja ementa se segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se

o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos⁸³.

No caso acima tratado, que representou verdadeira guinada jurisprudencial sobre o assunto, a Corte Constitucional analisou uma hipótese em que uma demanda de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, julgada improcedente, em razão da ausência de recursos financeiros da parte autora, foi reproposta com o objetivo de realização do exame de DNA.

À época da primeira ação, os custos de realização do exame eram da monta de U\$1.500,00 (mil e quinhentos dólares), valor este inacessível ao autor da ação, que requereu, já no início da década de 90 (após o advento da Constituição Federal de 1988, portanto), a isenção dos custos do exame, diante do direito à assistência judiciária gratuita. Deferido o pedido, o Magistrado de primeiro grau solicitou que o Distrito Federal arcasse com o valor do exame.

Entretanto, diante da recusa e da ausência de lei que determinasse o Distrito Federal a custear este valor, o juiz houve por bem julgar a demanda improcedente por insuficiência probatória, não se convencendo das demais provas produzidas nos autos.

Ocorre que, anos após a primeira decisão judicial, a demanda foi reproposta pelo autor, que já contava com quase 30 (trinta) anos, objetivando a desconstituição da coisa julgada para a realização do exame de DNA. Para tanto, o autor se baseou no conteúdo da Lei Distrital nº 1.079/96, que permitia a realização de tal exame às expensas do Distrito Federal, no intuito de beneficiar aqueles que estivessem sob o pálio da justiça gratuita.

Após a propositura da ação, o juiz de primeiro grau rejeitou a preliminar de coisa julgada, permitindo a sequência da instrução probatória. Interposto agravo de instrumento pelo réu, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proveu o recurso nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA NA INSTÂNCIA MONOCRÁTICA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - REPETIÇÃO DA AÇÃO PROPOSTA EM RAZÃO DA VIABILIDADE DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE

⁸³ STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15/12/2011 PUBLIC 16/12/2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420.

DNA ATUALMENTE - PRELIMINAR ACOLHIDA – PROVIMENTO DO RECURSO. Havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento do mérito⁸⁴.

Considerando a decisão proferida pelo TJDF, o autor e o Ministério Público Federal apresentaram Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a violação aos seguintes dispositivos constitucionais: i) âmbito de proteção da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), ao argumento de que a sentença anterior não afirmou nem negou a paternidade, sendo, portanto, desprovida da proteção constitucional da coisa julgada material; ii) direito fundamental à filiação (artigo 227, *caput* e §6º); e iii) direito à assistência jurídica (artigo 5º, LXXIV).

Diante da relevância jurídica e social do tema, foi admitida a repercussão geral ao recurso, que em seguida foi submetido ao plenário e seguiu para o voto do Ministro Relator Dias Toffoli.

Por todo o exposto, fica evidente que o caso em questão somente pode ser solucionado quando posto em conflito os seguintes direitos fundamentais: de um lado, o princípio constitucional da segurança jurídica, representado pelo instituto da coisa julgada; e por outro, o direito fundamental à filiação e ao conhecimento genético, vertente essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, concomitantemente ao direito à assistência judiciária, nas hipóteses em que o Estado se recusou a custear o exame de DNA, apesar da hipossuficiência da parte. Vale dizer, necessário indagar se a relevância social e jurídica do direito à filiação e ao conhecimento genético é tamanha que poderá ser capaz de levar à relativização da coisa julgada anteriormente formada. Para tanto, indispensável realizar a análise com base no princípio da proporcionalidade de Robert Alexy.

Nesse diapasão, o Ministro Luiz Fux analisou o conflito que foi colocado à apreciação da Corte Constitucional nos seguintes termos:

⁸⁴ TJ-DFT - **AI: 19990020032132 DF**, Relator: DÁCIO VIEIRA, Data de Julgamento: 17/04/2000, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 30/08/2000, p. 32.

Encontram-se em oposição, no caso presente, de um lado a garantia fundamental da coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), informada pelo princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput), e, de outro, segundo a argumentação dos recorrentes, o direito fundamental à filiação (CF, art. 227, caput e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). Essa última é pertinente à hipótese pelo fato de, na primeira demanda, ter sido a insuficiência de recursos o motivo para a falta de realização do exame de DNA – cujo custo, na década de 1980, era de U\$ 1.500,00 (mil e quinhentos dólares) –, o que levou, ao final, à improcedência do pedido por ausência de provas [...] ⁸⁵.

A respeito da colisão entre princípios fundamentais diante de um determinado caso concreto, imperiosas se fazem as palavras de Robert Alexy:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta ⁸⁶.

Como técnica de solução de conflitos entre os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade se propõe a análise de três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, o meio escolhido deve ser apto ao alcance da finalidade pretendida. Conforme a necessidade, a forma selecionada deve ser aquela que provoque a menor lesão possível ao interesse a ser relativizado ⁸⁷.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, pode ser resumida na seguinte fórmula: “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro ⁸⁸”, o que nada mais é do que o balanceamento dos princípios em conflito.

⁸⁵ STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p.82, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xedVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 93/94.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. Ratio Juris. Oxford, v. 16, n. 2, 2003, p. 135-136.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Malheiros Editores, 2008, p.136.

A respeito do problema central do recurso extraordinário, também resumiu o Ministro Luiz Fux:

[...] deve se restringir a decisão a ser tomada, isto é, sobre (i) a possibilidade de afastamento de coisa julgada material (ii) formada a respeito de relação de filiação (iii) diante da superveniência de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica, meio este dotado de altíssimo grau de confiabilidade e capaz, justamente por isso, de reverter, por si só, a conclusão do julgamento anterior, e (iv) cuja realização não se mostrara possível por conta da deficiência do regime da assistência jurídica aos hipossuficientes. Essas balizas são essenciais para a definição da *ratio decidendi* a ser firmada neste *leading case*, na linha do que decidido preliminarmente ao ser reconhecida a repercussão geral deste recurso extraordinário⁸⁹.

Nesta linha de pensamento, diante da colisão no caso concreto, valendo-se da técnica da proporcionalidade, cabe ao intérprete sopesar os diferentes valores envolvidos, de modo a alcançar os fins a que se propõe de maneira que lese minimamente o interesse a ser relativizado.

Em última análise, o conflito ora posto em apreciação consiste na ponderação entre segurança jurídica (representada pela coisa julgada) e justiça (representada pelos direitos filiatórios e pelo próprio acesso à justiça, denegado em virtude da carência econômica da parte).

Neste contexto, também se insere, ao lado do direito à filiação, a busca da verdade e da justiça sobre a paternidade, a qual autoriza o magistrado a buscar, como tarefa primordial, as provas necessárias ao andamento processual, sobretudo as de caráter técnico e científico, dada a sua alta precisão em apontar a origem genética do investigante.

Assim, tratando-se de direitos indisponíveis, a necessidade de uma instrução probatória exauriente faz com que a busca da verdade e da justiça impeça que as regras

⁸⁹ STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p.85, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xeadVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

relativas ao ônus probatório determinem o (in) sucesso da demanda, isto é, levem à improcedência das ações filiatórias, em decorrência da insuficiência de provas⁹⁰.

A fim de debater a referida colisão entre os direitos fundamentais, serão analisados, portanto, os diversos argumentos (dentre eles, alguns apresentados pelos Ministros do STF) pela possibilidade ou não de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Após a averiguação atenta dos principais argumentos, será formulada uma tese que permite a superação de toda a problemática de maneira a conciliar os interesses fundamentais em jogo.

3.2. Argumentos contrários.

Dentre os autores que se posicionam desfavoravelmente à relativização da coisa julgada, inclusive nas ações de investigação de paternidade, está Luiz Guilherme Marinoni. Para este autor, não seria possível contrapor a coisa julgada com o direito à descoberta do pai biológico, de forma a se justificar a rediscussão da causa com base no advento do exame de DNA, uma vez que a coisa julgada estaria em um plano hierarquicamente superior ao de qualquer outro direito objeto de litígio⁹¹.

Segundo Marinoni, a ideia de se tentar ponderar a coisa julgada com outras normas constitucionais, minimizando seu valor, estaria equivocada. O referido jurista defende ser a coisa julgada condição formal do discurso jurídico, parte estruturante do Estado Democrático de Direito, não podendo, desse modo, ser sopesada com outros princípios. Destarte, não faria sentido ponderar um direito que deve ser protegido (direito ao conhecimento da origem biológica) com o instituto que visa garantir a própria decisão judicial (coisa julgada).

Ademais, destaca Marinoni que, caso se pudesse falar em sopesamento de princípios, teria o próprio legislador constitucional optado pela segurança jurídica, ao prever a coisa julgada como direito fundamental e cláusula pétrea (artigos 5º, XXXVI e 60, §4º, IV), em detrimento dos demais princípios constitucionais. Em outras palavras, a

⁹⁰ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 12-13, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 10/01/2016.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008, p. 179.

Constituição Federal de 1988 estaria excluindo qualquer tipo de ponderação que leve em conta a coisa julgada⁹².

Com efeito, sustenta Marinoni que a lei, além de não poder modificar a situação definida pela decisão acobertada pela coisa julgada, deve, ainda, protegê-la⁹³.

Assim, na visão do referido autor, poder-se-ia concluir que as ações filiatórias que foram julgadas improcedentes por insuficiência probatória, eis que à época não se tinha conhecimento do teste de DNA, não poderiam ser rediscutidas após o advento de tal prova, diante do valor da coisa julgada, pois que esta já teria tornado imutável e indiscutível a norma contida na parte dispositiva da decisão judicial. Não haveria, portanto, que se falar em rediscussão dos mesmos fatos, ainda que com base em novas provas, sob o argumento de que a técnica probatória (DNA) teria surgido após o trânsito em julgado da ação de improcedência⁹⁴.

Nesse sentido, possível concluir que, na visão de Marinoni, a saída a ser utilizada no caso em questão não deve ser a proporcionalidade, mas, sim, a ação rescisória. Pois bem, explica o aludido autor que a interpretação correta a ser dada ao exame de DNA é a contida no artigo 485, VII do Código de Processo Civil de 1973. Ou seja, deve-se considerar a aludida técnica probatória como um novo documento, que à época da ação investigatória, dado o pouco avanço científico, não pode ser usada, mas que agora pode assegurar um resultado favorável ao investigador.

Entretanto, tal linha de raciocínio esbarra em uma questão relevante: como lidar com a situação na qual a ação de investigação de paternidade transitou em julgado há mais de 02 (dois) anos do momento em que se tornou viável o exame de DNA? Isto é, se já se passou o prazo para propositura da ação rescisória (artigo 495 do Código de Processo Civil de 1973)?

Dessa forma, imperioso lembrar que o exame de DNA, aqui entendido como documento novo (artigo 485, VII do Código de Processo Civil de 1973), não pode ser utilizado à época do ajuizamento da ação filiatória, não porque se ignorava a sua existência, mas porque sequer existia. Assim, sendo uma técnica probatória até então

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008, p. 186-187.

⁹³ *Ibidem*, p. 189.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 179.

desconhecida, o prazo para propositura da ação rescisória não pode ser contado do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade julgada improcedente.

Todavia, não se pode permitir que a possibilidade de revisão da coisa julgada seja eternizada, sob o risco de se atentar contra a segurança das relações jurídicas. Destarte, argumenta Marinoni que a solução encontrada para resolver o dilema em foco é a contagem do prazo para a rescisão da sentença de improcedência da ação investigatória da data em que passou a existir o exame de DNA. E o ônus de se provar tal data é do investigado da aludida ação⁹⁵.

Vê-se, portanto, que apesar de não entender pela possibilidade de relativização da coisa julgada, o mencionado autor acaba por abrir uma margem para a aplicação do prazo decadencial da ação rescisória em momento futuro, contando-se do advento do exame de DNA, e não da data do trânsito em julgado da ação definitiva.

Pode-se citar, ainda, dentre os autores que são contrários à relativização da coisa julgada, nas ações investigatórias de paternidade, por meios atípicos, Eduardo Talamini⁹⁶, o qual defende que, havendo exame de DNA com resultado contrário ao que foi declarado na sentença da demanda filiatória, caberá, a fim de se desconstituir a coisa julgada, a ação rescisória, com fundamento no artigo 485, VII do Código de Processo Civil de 1973.

Com efeito, distingue Talamini⁹⁷ duas hipóteses: em uma delas, o exame de DNA já existe, motivo pelo qual se enquadra na noção de documento novo (485, VII do Código de Processo Civil de 1973); já em outra, o que se pretende é a realização do teste de DNA no processo rescisório.

Dispõe Talamini⁹⁸, ainda, que, nos casos em que não se realizou o exame de DNA, mesmo após a sentença rescindenda, ser possível que a ação rescisória tenha fundamento no artigo 485, V do Código de Processo Civil de 1973.

Pois bem. Nesse diapasão, elucida o aludido autor ser viável a ocorrência de duas situações: a demanda filiatória teve trâmite quando não se conhecia ou não se tinha

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008, p. 198.

⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005, p. 625.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 626.

acesso ao exame de DNA ou quando, embora o exame de DNA já fosse conhecido, não tinha como ser efetuado.

No primeiro caso, não há que se falar em violação constitucional, com relação à instrução probatória do processo, uma vez que a prova técnica não era sequer cogitada. Desse modo, não sendo o exame de DNA realizado posteriormente, com base no artigo 485, VII do Código de Processo Civil de 1973, não serão cabíveis outras possibilidades de ação rescisória, devendo-se recorrer, excepcionalmente, à quebra atípica da coisa julgada.

Todavia, nas hipóteses em que a demanda investigatória teve curso quando o exame de DNA já era conhecido e passível de ser realizado, a sua ausência pode ser considerada uma violação à norma.

Destarte, quando a não realização do teste de DNA se deu por falta de requerimento das partes ou de determinação do juiz ou por indeferimento do pedido, seja porque o juiz entendeu desnecessária a produção do exame ou porque o autor não tinha condições de custeá-lo, é possível dizer que restaram violadas as garantias constitucionais do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º LV), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV) e da assistência judiciária gratuita (artigo 5º, LXXIV). Nesses casos, portanto, a desconstituição da coisa julgada poderá se fundar no artigo 485, V do Código de Processo Civil de 1973⁹⁹.

Por fim, sustenta Talamini que, nas hipóteses em o exame de DNA foi deferido pelo juiz, mas não foi realizado em decorrência da recusa da parte em se submeter à coleta do material, tal comportamento deverá ser interpretado, conforme autoriza o Supremo Tribunal Federal, desfavoravelmente a ela. Portanto, não sendo caso de violação à norma, não há que se defender o ajuizamento de ação rescisória com base no artigo 485, V do Código de Processo Civil de 1973¹⁰⁰.

No que concerne ao tratamento jurisprudencial da questão, possível verificar que, durante longo período, a questão era tormentosa no Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões eram constantemente contraditórias.

⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005, p. 627.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 628.

Manifestando-se contrariamente à relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade, destaca-se:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido¹⁰¹.

CIVIL. NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. DNA. CONFRONTO. PREVALÊNCIA. I. Refoge a esta Corte a reforma de acórdão fundamentado exclusivamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. II. Consolidada a coisa julgada definitiva, incabível o ajuizamento de nova ação investigatória de paternidade sob a justificativa do advento de nova técnica de apuração, caso do exame DNA. III. Jurisprudência pacificada no âmbito do STJ (REsp n. 706.987-SP, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJe de 10.10.2008). IV. Recurso especial não conhecido¹⁰².

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AFASTADA A PATERNIDADE. COISA JULGADA. ADVENTO DO EXAME DE DNA. PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RENOVAR A INVESTIGAÇÃO. PRIMADO DOS CÂNONES DA CERTEZA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Encontra-se sedimentado neste STJ o entendimento no sentido da impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, onde não foi reconhecida a alegada paternidade. [...] ¹⁰³.

Em síntese, nos julgados acima, as ações foram julgadas improcedentes em momento anterior à descoberta do exame de DNA, embora, na primeira, ainda tenha sido realizada prova técnica (exame de sangue) que possibilitava, unicamente, a exclusão (e não a comprovação) da paternidade.

Os argumentos utilizados pelo STJ são no sentido de que formada a coisa julgada material, de valor quase absoluto, e não revista por qualquer ação rescisória, restaria instaurada uma ordem jurídica definitiva, regulando as relações pessoais até então alvo de disputa, consolidando-se e harmonizando-se as situações com a pacificação social. Ademais, argumentava-se que rever tais situações, em virtude de

¹⁰¹ STJ - REsp: 706987 SP 2004/0169973-1, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 14/05/2008, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: 20/08/10, DJe 10/10/2008.

¹⁰² STJ - REsp: 960805 RS 2007/0135058-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 17/02/2009, T4 - QUARTA TURMA.

¹⁰³ STJ - AgRg no REsp: 363558 DF 2001/0127738-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010.

nova técnica a instrumentar a dilação probatória, feriria os cânones da certeza e a segurança jurídica, instaurando-se a desarmonia no meio social.

Com efeito, possível concluir que, na visão dos julgados acima expostos, a parte, caso entenda pela injustiça da decisão, deve buscar a realização do exame de DNA por meio de ação rescisória, respeitado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, evitando, assim, que a decisão venha a se revestir da autoridade da coisa julgada, impassível de modificação, sob pena de indevido abalo às relações já consolidadas.

Entretanto, como dito, o grande dilema de tal posicionamento reside nas hipóteses em que o prazo para interposição da ação rescisória se esgotou anteriormente ao advento do exame de DNA, tal como ocorreu nos julgados acima mencionados, de modo que se torna impossível o uso de tal mecanismo para revisão da sentença que julgou improcedente, por insuficiência probatória, a ação investigatória de paternidade.

Desse modo, nem mesmo o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe soluções nas hipóteses em que a ação foi julgada improcedente em momento anterior ao advento do exame de DNA. Conforme estabelece a norma do artigo 975, §2º, o termo inicial do prazo da ação rescisória, 02 (dois) anos, somente se iniciará a partir da descoberta da prova nova, desde que não transcorrido prazo superior a 05 (cinco) anos do trânsito em julgado. A nova regra, portanto, não se aplica às demandas filiatórias mais antigas, nas quais não foi possível a realização do exame de DNA, haja vista que, como já mencionado, muitas das ações foram renovadas muito após o transcurso do prazo máximo de 07 (sete) anos do trânsito em julgado, além de a discussão dizer respeito a um período anterior ao advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

3.3. Argumentos favoráveis.

No que concerne aos argumentos favoráveis, pode-se mencionar que, atualmente, a jurisprudência e doutrina majoritária advogam pela possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, após a análise de um juízo de proporcionalidade, dando-se prevalência à justiça sobre a segurança jurídica.

Levando-se em consideração as normas constitucionais que visam à promoção da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, observa-se que o sistema processual clássico de formação da coisa julgada não mais se adequa às ações

de investigação de paternidade, sendo necessário, portanto, estabelecer um novo modelo de coisa julgada para regular tais demandas. Ademais, importante destacar também que esse novo sistema de regramento prescinde de expressa previsão legal, devendo ser aplicado caso a caso, conforme as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 acerca da nova concepção de filiação¹⁰⁴.

Nessa senda, fácil concluir que a formação de coisa julgada material nas ações filiatórias improcedentes por insuficiência probatória, que tinham por escopo a busca da origem genética de um sujeito, não se coaduna com os avanços científicos já conquistados na seara do exame de DNA. Defender, portanto, a aplicação do modelo tradicional de indiscutibilidade das decisões judiciais às ações filiatórias seria, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, “canonizar o instituto da coisa julgada¹⁰⁵”, em evidente afronta à existência humana. Estar-se-ia, assim, privilegiando a segurança em detrimento da justiça, o que se mostra minimamente desarrazoado, pois que, sem justiça, não há liberdade.

Até porque, acaso não fosse permitida a relativização, todo o avanço científico conquistado teria aplicação apenas para as demandas ajuizadas após o advento do exame de DNA e seu amplo acesso, sem que aqueles que não conseguiram realizá-lo no passado pudessem dele se beneficiar, em evidente afronta ao princípio da isonomia.

Pois bem. Engessar as decisões judiciais acerca da filiação com o manto da coisa julgada material seria negar ao investigado o direito a verdade sobre sua paternidade, caracterizando-se o aludido instituto como verdadeiro óbice ao direito à filiação, garantido constitucionalmente. Enfim, não seria justo impedir para sempre o direito de um filho de descobrir a verdade sobre sua origem biológica, uma vez que o direito ao reconhecimento de sua filiação lhe é absoluto e inerente à sua própria personalidade¹⁰⁶.

Assim, permitir a manutenção das situações pretéritas (coisa julgada material nas ações improcedentes por insuficiência probatória) significaria tolher de maneira absoluta o direito fundamental à filiação da pessoa humana, impedindo que os novos métodos científicos sejam extensíveis a todas as pessoas.

¹⁰⁴ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010, p. 653.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 654.

¹⁰⁶ *Idem*.

Ademais, conforme bem ressaltado pelo Ministro Luiz Fux¹⁰⁷, no RE 363.889/DF, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de fundamento da República no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, todos os demais princípios e regras do ordenamento jurídico devem ser interpretados segundo a ótica da dignidade humana, sob pena de patente violação à Constituição.

O direito à filiação e ao conhecimento genético, na visão do aludido Ministro, fazem parte do núcleo essencial do princípio da dignidade humana, haja vista que é com a ciência do estado de filiação que a pessoa humana se reconhece e se distingue no cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os demais.

E ainda acrescenta, trazendo à colação as lições de Heloísa Helena Barboza¹⁰⁸ e Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰⁹:

Com efeito, na visão tradicional do direito civil, que vigorou até o progresso científico alcançado no último quarto do século passado, a posição particular da pessoa natural no seio social era definida predominantemente por seu *nome*. Era através desse sinal distintivo da personalidade, que a integra e a individualiza, que se alcançava a unidade fundamental, celular, da vida jurídica, que consiste na pessoa humana. A construção da identidade pessoal, no entanto, sofreu forte influxo pelo desenvolvimento das pesquisas em torno do genoma humano, e que hoje figura como a última fronteira para a individualização da identidade pessoal¹¹⁰.

Por outro lado, embora a coisa julgada, enquanto corolário da segurança jurídica, também tenha relação com a dignidade humana, por permitir estabilidade nas

¹⁰⁷ STF, RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p. 95-98, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xeadVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

¹⁰⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. **Direito à identidade genética**, In: Juris poiesis, Edição temática: biodireito, 2004, p. 127.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade da pessoa humana, In: Na medida da pessoa humana – estudos de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010, p. 99.

¹¹⁰ STF, RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p. 97, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xeadVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

relações sociais, tal vínculo não é tão intenso como ocorre no direito à filiação e à origem genética.

São as exatas palavras do Ministro Luiz Fux:

Não é possível negar, como se assentou mais acima, que também a coisa julgada guarda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que concretiza o princípio da segurança jurídica, assegurando estabilidade e paz social. Porém, tal conexão apresenta-se em grau distinto, mais tênue e, portanto, *mais afastada do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana* do que o peso axiológico que, somados, ostentam os direitos fundamentais à filiação (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV)¹¹¹.

É por essa razão que, no sopesamento dos direitos fundamentais em conflito, a autoridade da coisa julgada deve ceder ao direito à filiação e ao conhecimento genético, preservando-se o núcleo essencial da dignidade humana e permitindo que o indivíduo possa se reconhecer socialmente como singular em relação aos demais.

Afora o aludido Recurso Extraordinário, responsável por verdadeira pacificação jurisprudencial sobre o tema, pode-se mencionar, ainda, a título exemplificativo, outros julgados que reconhecem a possibilidade de relativização da coisa julgada nessas hipóteses.

Neste sentido, o REsp nº 226.436/PR, publicado em 28 de junho de 2001, foi um dos primeiros a tratar do assunto da maneira tal qual defendida no presente capítulo.

O aludido precedente jurisprudencial dá elevado valor ao “princípio da verdade real”, mencionando que a busca da verdade genética por meio do exame de DNA, que permite um juízo de certeza quase absoluto, deve ser buscada sempre que possível pelo órgão julgador, ainda que, para tanto, seja superado o óbice da coisa julgada. Com efeito, a doutrina atual critica a expressão “verdade real”, que se

¹¹¹ STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p. 105, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xeadVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

contrapunha à “verdade formal”. Tal denominação era utilizada na doutrina clássica para diferenciar a verdade do processo civil (formal) da verdade do processo penal (material). Hodiernamente, prefere-se utilizar o termo “busca da verdade”, como feito ao longo do trabalho, já que não faz sentido diferenciar a verdade, que é uma só e deve ser buscada em qualquer processo, civil ou penal.

Pois bem. A justiça, enquanto valor de importante fundamento para a pacificação social, deve prevalecer sobre a segurança jurídica, como meio de atender às exigências de paz social e do bem comum.

Segue a ementa do mencionado julgado, que, repita-se, dá especial importância ao “princípio da verdade real” como meio para a relativização da coisa julgada, embora, atualmente, não faça sentido tal caracterização da verdade:

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. I – **Não excluía expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.** II – 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. III – 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”. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua

jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum¹¹².

No julgamento do REsp nº 4.987/RJ, publicado no DOU no dia 28 de outubro de 1991, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira teceu importante consideração a respeito da importância da busca da verdade no atual Direito de Família:

[...] na fase atual de evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. [...] ¹¹³.

Cristiano Chaves complementa:

[...] o processo civil moderno não mais aceita a verdade formal, que resta superada de modo definitivo – especialmente nas ações que tratam sobre direitos indisponíveis, em face da peculiaridade de sua natureza. É mister a busca da realidade fática, de modo que seja justa a solução do conflito de interesses¹¹⁴.

Em suma, a busca da verdade, que no caso em tela, diz respeito ao conhecimento genético, deve caminhar ao lado da justiça, permitindo a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

3.4. A aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* do processo coletivo.

No que tange à prova a ser realizada nas demandas investigatórias de paternidade, a normal dificuldade de que certos relacionamentos (ou contatos sexuais) sejam comprovados por meio de prova testemunhal, haja vista, até mesmo, o sigilo e a reserva que permeiam muitos desses contatos, torna qualquer outro meio de prova que não o pericial de pouca ou nenhuma eficácia.

¹¹² STJ - REsp 226436 PR 1999/0071498-9, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 28/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/02/2002 p. 370RBDF vol. 11 p. 73RDR vol. 23 p. 354RSTJ vol. 154 p. 403, grifo nosso.

¹¹³ STJ - REsp 4987 RJ 1990/0008966-2, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 04/06/1991, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.10.1991.

¹¹⁴ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 13, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 10/01/2016.

Por tais razões, defende Maria Berenice Dias¹¹⁵ ser necessária a revisão, em tais demandas, das tradicionais regras de ônus probatórios previstos no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973. A aplicação desse dispositivo levava, em muitos casos pretéritos, à improcedência do pedido diante da não comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor.

Nesta linha, o advento do exame de DNA revolucionou os meios probatórios nas ações investigatórias. De início, contudo, dois percalços acabavam dificultando a realização de tal prova pericial, como já visto: a necessidade de submissão voluntária do suposto pai, que pode se negar a realizá-lo, e os elevados custos de sua efetivação prática. Tais obstáculos, inicialmente, levariam ao mesmo problema antes mencionado: improcedência do pedido por insuficiência probatória e ausência de vínculo de paternidade nos registros de nascimento¹¹⁶.

No entanto, a solução era simples e acabou por resolver a questão: como o suposto pai não poderia se beneficiar de sua própria recusa, o entendimento jurisprudencial passou a se orientar no sentido de presumir a paternidade em caso de omissão do pretense genitor, como já visto. Além disso, hoje há legislação estadual (na maioria dos Estados) exigindo que o Estado arque com os custos do exame diante da hipossuficiência das partes, haja vista, até mesmo, o interesse social em tais demandas e o direito constitucionalmente assegurado à assistência judiciária gratuita. Ademais, existem precedentes jurisprudenciais que entendem poder o Judiciário constranger o Estado a custear o exame, ainda que não haja lei estadual neste sentido.

De qualquer forma, Maria Berenice Dias¹¹⁷ defende que, acaso não reste provado que o réu é o pai do autor, o conteúdo da decisão judicial não declara que aquele não é o pai deste, haja vista, obviamente, não ter logrado êxito em comprovar tal fato. Em outras palavras, a insuficiência de provas, nas ações investigatórias, não poderia levar a um juízo de improcedência definitivo, sob pena de o manto da coisa julgada constituir óbice ao próprio direito à filiação.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**, In: Revista Brasileira de Direito de Família. 1999, p. 2. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10000-9999-1-PB.pdf>, acesso em 10/01/2016.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

Não se pode permitir, pois, que mecanismos de direito processual (este, que possui caráter instrumental ao direito material) constituam óbices ao exercício de direitos fundamentais.

Na mesma linha de raciocínio, posiciona-se Cristiano Chaves:

[...] a coisa julgada, talhada no sistema individualista do CPC vigente, é imprestável para as ações investigatória e negatória de paternidade, eis que poderia implicar na negação do próprio direito material correspondente. Ou seja, poderia, por via oblíqua, frustrar o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice à concretização efetiva do direito à filiação, garantido constitucionalmente¹¹⁸.

A fim de fundamentar sua tese, Maria Berenice Dias¹¹⁹ traz exemplos dos artigos 16 da Lei nº 7.347/85 e 103 da Lei nº 8.078/90, que afastam a eficácia *erga omnes* da sentença coletiva quando a ação é julgada improcedente por ausência de prova, autorizando qualquer legitimado a ingressar com nova ação, com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova. Tais dispositivos poderiam, assim, ser aplicadas às ações relativas à filiação, diante da peculiaridade de tal direito.

Sobre a temática, também destaca Cristiano Chaves:

Não é crível, nem aceitável, que se admita a aplicação das regras tradicionais do CPC (diploma legal individualista, datado de 1973, quando não se podia imaginar a amplitude do avanço científico a que se chegaria em pouco tempo) nas ações filiatórias. É que não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Em outras palavras, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa científica adequada, seja por que motivo for¹²⁰.

Ou seja, consideradas as peculiaridades das ações filiatórias, é importante afirmar que a coisa julgada se dará sob a técnica *secundum eventum probationis*. Ou

¹¹⁸ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 18, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. 1999, p. 5. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10000-9999-1-PB.pdf>, acesso em 10/01/2016.

¹²⁰ DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 14, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas¹²¹.

Com efeito, prevendo a falibilidade do modelo tradicional da coisa julgada, o legislador previu mecanismos diferenciados para a definitividade do comando jurisdicional emanada nas ações coletivas. Nestes casos, também realizou juízo de ponderação e entendeu que os interesses da coletividade (meio ambiente, proteção ambiental, moralidade administrativa, etc.) deveriam prevalecer frente a uma pretensa segurança jurídica, notadamente quando as demandas forem julgadas improcedentes por insuficiência probatória (coisa julgada *secundum eventum probationis*).

Dessa forma, tal técnica não deve ficar restrita às ações coletivas, devendo também ser aplicado nas ações relativas à filiação, diante da igual relevância do direito em jogo¹²². Assim, em um juízo de sopesamento, nas ações filiatórias julgadas improcedentes por insuficiência probatória, seja pela inexistência do exame de DNA, seja pela negativa do Estado em arcar com a prova técnica, o direito à filiação, como vertente expressiva da dignidade da pessoa humana, deve se sobrepor à segurança jurídica, aqui representada pela coisa julgada material, a qual deverá, por óbvio, ser afastada para que o investigador tenha acesso à sua origem genética.

Ressalta-se, ainda, que o indevido formalismo do processo não pode ser utilizado em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial, isto é, a falta de previsão legal de aplicação da técnica *secundum eventum probationis* não pode ser um óbice a sua aplicação nas ações relativas à filiação¹²³.

Por fim, relevante destacar a excepcionalidade da aplicação da regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, a fim de mitigar a imutabilidade que acoberta as decisões judiciais, uma vez que esta se destina única e exclusivamente a combater situações extraordinárias de injustiças e atentados ao texto constitucional,

¹²¹DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004, p. 18-19, disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015..

¹²² *Ibidem*, p. 15.

¹²³ *Ibidem*, p. 19.

como é o caso das ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, quando ainda não se tinha acesso ao exame de DNA¹²⁴.

¹²⁴ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010, p. 656.

4. A relativização da coisa julgada na ação negatória de paternidade.

No presente trabalho, cuidou-se de analisar a específica e peculiar hipótese da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória. Foi defendido, ao longo dos capítulos anteriores, que nessa excepcional situação, a coisa julgada teria natureza meramente formal, nos moldes do que acontece no âmbito do processo coletivo, a fim de permitir que a parte autora reproponha a ação e se submeta ao exame de DNA, algo que não foi possível na ação anterior, seja porque tal técnica pericial ainda não era existente, ou se conhecida, pouco difundida, seja porque não havia previsão legal de que o Estado arcasse com os custos de um exame de significativo valor.

Não obstante, a fim de concluir o estudo acerca do conflito existente entre a coisa julgada e o direito à filiação, necessário se faz, ainda, a título de complemento e observação, uma vez não se tratar do objeto principal do presente trabalho, a análise da relativização da coisa julgada também nas ações negatórias de paternidade. Para tanto, é de crucial importância tecer breves considerações sobre o REsp 1.375.644/MG, que veiculou relevante discussão sobre o assunto.

Segue a sua ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada. Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial desprovido¹²⁵.

Trata-se o caso em questão de ação negatória de paternidade, movida pelo genitor, julgada procedente em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após conclusão negativa do exame de DNA determinado pelo Juízo.

¹²⁵ STJ - REsp 1375644 MG 2013/0082150-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014.

Com efeito, pretendia o genitor, sob a alegação de infertilidade, realizar exame de DNA, a fim de desconstituir o vínculo de filiação estabelecido na ação investigatória de paternidade, ajuizada por sua filha, a qual foi julgada procedente, sem, contudo, ter sido produzida prova pericial técnica. Nesta ação de investigação de paternidade inicial, o órgão julgador concluiu, pelas provas produzidas em juízo (essencialmente testemunhais), que o réu era o pai da autora.

Desse modo, no âmbito da ação negatória de paternidade, foi determinado, em primeiro grau, que se realizasse o exame de DNA, o qual concluiu pela ausência de vínculo de parentesco entre as partes, culminando, assim, no julgamento de procedência do pedido de exclusão da paternidade do autor da demanda.

Diante de tal situação, a filha apelou, tendo o TJMG negado provimento a sua apelação, o que acarretou, portanto, na propositura do aludido REsp 1.375.644/MG.

Destarte, reside a referida controvérsia sobre a possibilidade ou não de desconsideração da coisa julgada formada em ação investigatória de paternidade, julgada procedente, em que não foi realizado o exame de DNA. Não se trata, aqui, da mesma situação discutida ao longo de todo o trabalho, haja vista que a coisa julgada que se quer ver desconstituída concluiu pela paternidade e, portanto, foi julgada procedente com base em provas diversas da pericial.

Nesse sentido, destaca-se que, por muitos anos, como já discutido ao longo do estudo, o entendimento do STJ era no sentido de que não seria possível admitir a relativização da coisa julgada, formada em ação de investigação de paternidade, julgada improcedente com base nos meios de prova até então existentes, única e exclusivamente em virtude do surgimento do teste de DNA, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Todavia, tal percepção foi modificada, tendo em vista o ideal de justiça e a promoção da dignidade e da personalidade humanas, de modo que a mitigação da coisa julgada quando a ação anterior foi julgada improcedente por insuficiência de provas passou a ser aceita.

Tal mudança de entendimento tem por base, sobretudo, o já mencionado RE 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual foi reconhecida a excepcional possibilidade de repositura de ação de investigação de paternidade,

quando a primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, foi julgada improcedente.

Nesse diapasão, levando em consideração que o precedente aberto pelo STF permitiu a relativização da coisa julgada apenas nos casos de anterior ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência probatória, e não nos casos de pretérita ação de investigação de paternidade julgada procedente, concluiu a Ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso especial em tela, pela inadmissibilidade da ação negatória de paternidade.

Assim, na ação negatória de paternidade, defendeu a Ministra que, entre o direito do pai de conhecer a verdade por meio da realização do exame de DNA, e a segurança jurídica, que confere estabilidade à sentença definitiva que reconheceu a paternidade com base em outras provas, deve, nesse caso específico, prevalecer a segurança jurídica, porque nela se ampara a dignidade da filha.

Como pode ser observado, o conflito que inicialmente se pôs em discussão é se a busca da verdade do (suposto) genitor pode prevalecer sobre a coisa julgada, que, nesta hipótese, ampara o direito filiatório de uma determinada pessoa há vários anos.

Pois bem. Conclui-se, desse modo, que não há que se falar em flexibilização da coisa julgada na ação negatória de paternidade, quando a primeira demanda (investigatória) teve como resultado a procedência. Em outras palavras, a relativização da coisa julgada somente tem assento nas ações de investigação de paternidade que obtiveram um resultado de improcedência, em razão da falta de provas.

Como se verifica, o embate aqui analisado é diverso da hipótese em que a ação anterior foi julgada improcedente por insuficiência de prova. Ora, neste caso, a coisa julgada sustenta o direito à filiação da ré da ação negatória. Acaso fosse possível relativizar a coisa julgada, uma pessoa que sempre foi amparada parentalmente (ainda que apenas através do registro) passará a não sê-la mais. Em outras palavras, uma pessoa que sempre teve um pai, com a procedência da ação negatória, passará a ter apenas a mãe em seu registro.

Lado outro, confirmando a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, que julgou procedente a ação negatória de paternidade, após ficar cientificamente comprovada a ausência de vínculo entre “pai” e “filha”, votaram, pela

admissibilidade da ação negatória, os Ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

No caso em questão, sustentaram os juristas, ao contrário da Ministra Nancy Andrichi, que o entendimento emanado do voto do Ministro Dias Toffoli, no RE 363.889/DF, não possui aplicação restrita aos casos de anterior demanda investigatória julgada improcedente por ausência de provas, sendo plenamente possível estender tal posicionamento às ações investigatórias julgadas procedentes, nas quais, contudo, não houve produção de prova técnica.

Portanto, defendeu o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

[...] o direito à identidade genética reflete tanto a personalidade do filho como a do suposto pai, pois ambas as partes são titulares do denominado direito fundamental à informação genética, cuja origem biológica pode ser tanto de descendência como de ancestralidade¹²⁶.

Destarte, na visão do ministro, a flexibilização da coisa julgada nas ações filiatórias julgadas procedentes é plenamente possível.

No entanto, como já analisado acima, as questões, que são diversas, deveriam ser analisadas de acordo com suas próprias peculiaridades. Os Ministros, com essa decisão, alteraram o registro de uma pessoa, para deixá-la sem pai, após esta ter passado toda a sua vida amparada parentalmente. Não se trata de questões idênticas, haja vista, até mesmo, que o que motivou a decisão do STF foi o direito à filiação e a assistência judiciária gratuita, e não apenas a mera busca da verdade.

Ademais, a decisão é ainda criticável na medida em que desconsidera eventual paternidade afetiva estabelecida entre o autor e a ré da ação. Hoje, a doutrina e jurisprudência civilista defendem que, para além do mero vínculo sanguíneo, o afeto deve possuir preponderância nas relações familiares, ainda que, eventualmente, não esteja de acordo com a realidade genética da pessoa.

Pelo exposto, observa-se que, tomando como base o julgamento do STF, o STJ concluiu que a verdade, quando relacionada à origem genética, seja do filho ou do

¹²⁶ STJ - REsp 1375644 MG 2013/0082150-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014, INTEIRO TEOR, Voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138111/recurso-especial-resp-1375644-mg-2013-0082150-4-stj/inteiro-teor-25138112>, acesso em 10/01/2016.

genitor, possui valor apto a desconstituir a coisa julgada. O problema dessa decisão, como bem destacou a Ministra Nancy Andrighi, é que a desconstituição da coisa julgada, neste caso, pode acabar por lesar o direito à filiação da ré da ação, que embora tivesse, por longos anos, um pai em seu registro, passará a não tê-lo, a menos que ingresse com nova investigação, contra o verdadeiro pai, se este for conhecido.

Destarte, em que pese o fato de o entendimento da Ministra Nancy Andrighi ter sucumbido perante os demais, deveria ter prevalecido a sua posição, que mais se coaduna com a proteção da dignidade da pessoa humana, preservando o direito à filiação sob o manto da coisa julgada material, sem desconsiderar eventual paternidade afetiva que tenha surgido entre autor e réu da ação negatória.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, verificou-se que o legislador brasileiro, como forma de consagrar a ideia de segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, de promover e proteger o Estado Democrático de Direito, conferiu à coisa julgada assento constitucional (artigo 5º, XXXVI), elevando-a ao rol de direitos e garantias fundamentais presentes no aludido dispositivo, sendo alçada, portanto, à condição de cláusula pétrea, não podendo ser excluída ou até mesmo restringida por Emenda Constitucional (artigo 60, §4º, IV).

Entretanto, como visto, não obstante o status de cláusula pétrea alcançado, em casos excepcionais, a coisa julgada poderá ser afastada para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, não há direito ou garantia constitucional de natureza absoluta, sendo possível, assim, que eventual colisão entre direitos fundamentais importe na relativização, no caso concreto, daquele que for considerado de menor importância. Tal entendimento deu origem à tese de relativização da coisa julgada material.

Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, aplicado ao instituto da coisa julgada, colidindo dois ou mais valores tutelados pela Constituição, deve prevalecer aquele que mais se coaduna com o sistema constitucional.

Nesse diapasão, foram expostos, no presente trabalho, posicionamentos no sentido de restringir a coisa julgada nas hipóteses de ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência probatória, entendendo-se que o direito fundamental à filiação possui maior relevância concreta do que a própria garantia constitucional da coisa julgada. Lado outro, foi analisado também o entendimento daqueles que veem a coisa julgada como verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito, protetor da segurança jurídica, insurgindo-se, desse modo, contra a ideia de relativização da coisa julgada, diante da possibilidade de que o conflito seja infinitamente renovado e o Poder Judiciário seja incapaz de gerar pacificação social.

Com efeito, em que pese as posições contrárias estudadas, nos casos específicos das ações investigatórias julgadas improcedentes por insuficiência de provas, restou cabalmente demonstrado, dada a repercussão social de tais demandas, a

necessidade de se afastar o manto da coisa julgada do comando da decisão judicial para que o filho possa conhecer a sua origem genética, permitindo-lhe, dessa forma, o desenvolvimento pleno de sua personalidade como ser humano.

Todavia, a importância do direito à filiação somente foi reconhecida após a superação da discriminação existente entre filhos legítimos e ilegítimos no ordenamento brasileiro, por meio das novas concepções trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, que passaram a promover a igualdade entre os filhos e a enxergar o elo existente entre estes e seus pais sob a ótica das garantias e dos direitos fundamentais, mormente da dignidade da pessoa humana.

Destarte, considerando a relevância que o direito ao vínculo filiatório ganhou, com a edição dos aludidos diplomas normativos, concluiu-se não ser plausível tolher do filho a chance de conhecer a sua origem genética em prol da proteção da segurança jurídica. Em outras palavras, viu-se que não se configura razoável impedir que o filho reproponha a ação de investigação de paternidade em face do suposto pai, sob o argumento de que já se operaram os efeitos da coisa julgada sob a demanda primitiva, julgada improcedente por falta de provas, mormente quando este filho está munido de novas provas acerca da pretensa paternidade.

Nesse sentido, como visto, a descoberta do exame de DNA foi fundamental para fomentar os investigadores a ajuizarem novamente as demandas filiatórias, visto seu grau de quase absoluta certeza em determinar a paternidade dos investigados. Ademais, o surgimento do exame de DNA foi importante, ainda, na atividade probatória do juiz, que deve deixar de ser mero espectador do processo e ir à busca da verdade real acerca da origem biológica do filho. Assim, em vistas a atingir uma produção probatória exauriente, deve o magistrado, sempre que possível, determinar a realização do teste de DNA, de modo a impedir que as regras estáticas relativas ao ônus da prova interfiram no (in)sucesso da demanda, alcançando-se, dessa maneira, um resultado justo para as partes.

Pois bem. Na esteira desse pensamento, destacou-se o RE 363.889/DF, o qual representou verdadeira guinada jurisprudencial sobre o assunto, uma vez que a Corte Constitucional permitiu que uma demanda de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada improcedente em razão da ausência de recursos financeiros da parte autora, fosse reproposta com o objetivo de realização do exame de

DNA. Para tanto, os nobres julgadores apreciaram o conflito e a ponderação entre a segurança jurídica (representada pela coisa julgada) e a justiça (representada pelos direitos filiatórios), optando, acertadamente, por esta última.

Desse modo, chegou-se à conclusão de que a formação de coisa julgada material nas ações que têm por objetivo a busca da origem genética de um indivíduo não é compatível com os avanços científicos já conquistados. Defender, portanto, a aplicação do modelo tradicional de indiscutibilidade das decisões judiciais às ações filiatórias seria privilegiar a segurança jurídica em detrimento da existência humana. Além disso, acaso não fosse permitida a relativização, todo o avanço científico conquistado teria aplicação apenas para as demandas ajuizadas após o surgimento do exame de DNA e seu amplo acesso, sem que aqueles que não conseguiram realizá-lo no passado pudessem dele agora se beneficiar, em evidente violação ao princípio da isonomia.

Assim, consideradas as características das demandas investigatórias de paternidades, as quais veiculam direitos indisponíveis, consumou-se, no presente estudo, a ideia de que a coisa julgada se dará sob a técnica *secundum eventum probationis*. Isto é, a coisa julgada se formará a depender do resultado da produção probatória, igualmente ao que ocorre nas ações coletivas, nas quais também se realizou juízo de ponderação e entendeu-se que os interesses da coletividade (meio ambiente, proteção ambiental, moralidade administrativa, etc.) deveriam prevalecer frente a segurança jurídica, notadamente quando as demandas forem julgadas improcedentes por insuficiente probatória (coisa julgada *secundum eventum probationis*).

Portanto, tal técnica não deve ficar restrita às ações coletivas, devendo também ser aplicado nas ações relativas à filiação, diante da igual relevância do direito em jogo. Assim, em um juízo de sopesamento, o direito à filiação, como vertente expressiva da dignidade da pessoa humana, deve se sobrepor à segurança jurídica, aqui representada pela coisa julgada material, a qual deverá, por óbvio, ser afastada para que o investigando tenha acesso à sua origem genética.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. Ratio Juris. Oxford, v. 16, n. 2, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito Processual Civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Direito à identidade genética**, In: Juris poiesis, Edição temática: biodireito, 2004.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2013.

BRASIL. **Código Civil**. 1916.

BRASIL. **Código Civil**. 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

BRASIL. **Lei nº 4.717**. 29 de junho de 1965.

BRASIL. **Lei nº 7.347**. 24 de julho de 1985.

BRASIL. **Lei nº 8.069**. 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.560**. 29 de dezembro de 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo. Malheiros. 2012.

COUTURE, Eduardo Juan. “**Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos**”, in *Estudios de Derecho Procesal civil*, III, B.Aires, Depalma, 1978.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2010.

DE FARIAS, Cristiano Chaves, **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. 2004. Disponível em <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artcoisajulgadapaternidade.pdf>, acesso em 27/12/2015.

DIAS, Maria Berenice. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**, In: Revista Brasileira de Direito de Família. 1999. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10000-9999-1-PB.pdf>, acesso em 10/01/2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo. RT. 2003. Disponível em xa.yimg.com/kq/groups/23046375/2069446429/name/Relativizar+a+Coisa+Julgada.pdf acesso em 07/12/2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. ° 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. ° 6.960/2002. São Paulo. Saraiva, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Brasileiro**. 1 ed. Campinas-SP. Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – Relação biológica e afetiva**, Belo Horizonte. Del Rey, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 6, Direito de Família**. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade da pessoa humana, In: Na medida da pessoa humana – estudos de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador. *JusPODIVM*. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões**, 5a ed., Rio, Forense, 1976.

STF, **AI 665003 AgR**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22-08-2012 PUBLIC 23/08/2012.

STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16/12/2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420.

STF, **RE 363889**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011. INTEIRO TEOR, Voto do Min. Luiz Fux, p.82, disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=xeodVQ88xnCP76UO8FAOgOcTeAM%3D&Expires=1452444887&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132, acesso em 10/01/2016.

STJ, **AgRg no REsp: 363558 DF 2001/0127738-0**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010.

STJ, **REsp 1163649/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 27/02/2015.

STJ, **REsp 1362557 DF 2013/0008743-0**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2014.

STJ, **REsp 1375644 MG 2013/0082150-4**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014.

STJ, **REsp 1375644 MG 2013/0082150-4**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014, INTEIRO TEOR, Voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138111/recurso-especial-resp-1375644-mg-2013-0082150-4-stj/inteiro-teor-25138112>, acesso em 10/01/2016.

STJ, **REsp 192.681-PR**. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU: 24/03/2003.

STJ, **REsp 226436 PR 1999/0071498-9**, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 28/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/02/2002.

STJ, **REsp 4987 RJ 1990/0008966-2**, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 04/06/1991, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/1/1991.

STJ, **REsp 706987 SP 2004/0169973-1**, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 14/05/2008, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: 20/08/10, DJe 10/10/2008.

STJ, **REsp 960805 RS 2007/0135058-8**, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 17/02/2009, T4 - QUARTA TURMA.

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

TJ-DF, **AI: 19990020032132 DF**, Relator: DÁCIO VIEIRA, Data de Julgamento: 17/04/2000, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 30/08/2000.