

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE APÓS A DESCOBERTA DO EXAME DE DNA

João Paulo Fanucchi de Almeida Melo¹

1. INTRODUÇÃO

Após a descoberta do exame que determina a filiação biológica, com mínimo risco de erro, a partir da comparação de ácido desoxirribonucléico – DNA – e sua acessibilidade ao Brasil, a partir da década de 90, nasceu importante discussão no mundo jurídico. Trata-se da possibilidade de relativizar, ou não, a coisa julgada, nas investigatórias de paternidade, quando estas tiverem por fundamento o resultado do exame de DNA.

Os tribunais, até o final do século passado, só admitiam discutir matéria já decidida através da ação rescisória. Até então, a coisa julgada era alterada nos raros casos em que a lei permite: violação literal de disposição de lei, erro de fato, dolo processual e outros casos listados no Código de Processo Civil (CPC) – artigo 485 e seguintes.

A maior parte da doutrina, ao tratar do tema ora proposto, menciona o instituto da coisa julgada como matéria constitucional – art. 5º, XXXVI da Constituição da República² (CR). Porém, não podemos deixar de lembrar que a ação rescisória também é uma previsão constitucional, nos termos do artigo 102, I, alínea j da CR, que deixa a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a ação rescisória de seus julgados. No mesmo sentido, o artigo 105, I, alínea e da CR atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para processar e julgar as ações rescisórias referentes aos seus julgados. Vale ressaltar que ficou a cargo da lei infraconstitucional regular a coisa julgada e a ação rescisória, embora, ambas, sejam garantias fundamentais da Constituição que não podem sofrer mitigação pela lei.

¹ Bacharel em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC) – Belo Horizonte/MG, em dezembro de 2006; Pós-graduando em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos – Belo Horizonte/MG; Advogado militante – OAB/MG 107.124.

² Artigo 5º, XXXVI da CR: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A lei processual em vigor extingue, em dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão, o direito à propositura de ação rescisória – artigo 495 do CPC.

A probabilidade de acerto do exame de DNA atualmente gira em torno de 99,9999%. Esta precisão torna cientificamente inquestionável a exclusão ou a atribuição de paternidade a alguém.

Diante da evolução científica neste particular, vários juristas começaram a debater o assunto. Por consequência, a questão chegou aos tribunais e, inevitavelmente, levou à tona o interessante confronto de princípios importantes. De um lado, existe a defesa da imutabilidade da coisa julgada e da segurança jurídica das decisões. Por outro lado, a busca do exaurimento obrigatório da cognição, da moralidade e da justiça.

De fato, a teoria da relativização também impulsiona o debate no Poder Legislativo já que a sociedade clama pela resolução da questão, através de lei, de forma sensata e satisfatória.

Assim, com o surgimento do exame de DNA e diante da impossibilidade da propositura de ação rescisória motivada pelo pequeno prazo disposto em lei, ocorreu a reivindicação, por alguns setores, de que a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade pudesse ser relativizada. Conseqüentemente, o entendimento da imutabilidade da coisa julgada, que até o final da década de 90 do século XX era indiscutível, passou a ser repensado.

2. A evolução técnica-científica da Genética

2.1. Procedimentos utilizados na realização do exame de DNA

O exame de DNA geralmente é realizado através do trio (1) mãe, (2) suposto pai e (3) filho. Entretanto, a técnica está tão avançada e versátil que, atualmente, o método poderá alcançar o seu objetivo, mesmo com a ausência de um dos membros-chaves – no caso, pai e mãe. É possível, por exemplo, a realização do exame de DNA com a exumação de cadáver, quando o investigado for falecido e tiver deixado ascendentes ou descendentes. Também é possível obter o resultado do exame de DNA através da raiz do cabelo, do sêmen, da saliva, da urina, dos músculos e dos ossos. Porém, é notório que o mecanismo convencional para obter o resultado de DNA é através da extração do sangue.

Cientificamente o método DNA está seguro. Porém, alguns procedimentos de cautela são indispensáveis para sua confiabilidade. Podemos destacar, por exemplo, que a coleta das amostras de sangue deverá sempre ser realizada individualmente, sendo relevante que os

interessados compareçam na mesma hora no laboratório para que um reconheça o outro. As partes devem assinar autorização do exame. Nesta autorização deverá constar também uma declaração expressa do examinado, afirmando que não se submeteu à transfusão de sangue nos noventa dias anteriores a realização do procedimento ou transplante de medula óssea. Caso esta informação não seja devidamente prestada, e o examinado tenha realmente se submetido à transfusão ou transplante, o exame de DNA detectará presença de componente genético de dois indivíduos – doador e receptor – em única amostra. Em seguida, os investigadores devem deixar no laboratório:

“uma prova ‘datilográfica’ (letra e assinatura), ‘datiloscopia’ (impressão digital de todos envolvidos, inclusive crianças) e ‘fotográfica’ (é tirada uma fotografia única, contendo todos os indivíduos), com câmara Polaroid, que, revelada em poucos segundos, é oferecida às partes para que assinem e datem” (MOURA e OLTRAMARI, 2005, p.81).

Existem situações que, pela impossibilidade de comparecimento de uma das partes ao laboratório no horário previamente marcado, medidas alternativas precisam ser tomadas. Nestas hipóteses, deve-se fotografar a parte ausente por máquina Polaroid e, assim, a foto será anexada ao laudo, para que fique comprovada a identidade.

2.2. Algumas considerações acerca do procedimento utilizado e conseqüências do exame de DNA

Mesmo atendidos os critérios supramencionados, seríamos ingênuos se não afastássemos a probabilidade de erro ou fraude na realização do exame de DNA.

É notório que a descoberta de um filho não desejado acarreta, inevitavelmente, responsabilidade tanto moral quanto patrimonial ao pai biológico.

Assim, não podemos abduzir a possibilidade de manipulação fraudulenta do exame. Por suposição, pessoa abusando do seu poder político-econômico pode exercer pressão sobre determinado laboratório para que o resultado do exame de DNA atenda seu interesse.

Outrossim, não podemos afastar a possibilidade de ocorrer erro e negligência durante a realização do exame. Por exemplo, quando funcionário do laboratório troque, por desatenção, amostras de sangue de um trio – mãe, filho e suposto pai – por outro.

São algumas questões, dentre outras, que merecem atenta reflexão.

Ocorrendo vício de apuração ou manipulação, o resultado, invariavelmente, será errado. Dessa forma, conforme demonstrado, não podemos apontar o resultado do exame de DNA como algo absoluto e inquestionável.

Conforme relatado, sabemos que, durante a realização dos exames de DNA, os envolvidos, via de regra, comparecem aos laboratórios desacompanhados. Além disso, a imensa maioria destes é de pessoas que não possuem conhecimento algum do procedimento científico ao qual serão submetidas.

Grande falha existente durante a realização do exame tem sido a falta de oportunidade dada aos interessados de indicar assistentes técnicos para acompanhar todo o trâmite do exame, o que fere tanto a Constituição – artigo 5º, LV³ – quanto o CPC – artigos 420 e seguintes que tratam da prova pericial.

No entanto, atendidos os princípios constitucionais do processo e adotadas corretamente as técnicas de exame, é possível afirmar que a evolução da Genética proporcionou importante auxílio ao mundo jurídico. Os juízes, nos últimos anos, por iniciativa de seu ofício, têm determinado a realização do exame de DNA – que virou uma praxe forense – para auxiliar suas decisões nas ações investigatórias de paternidade. Nestas ações, os magistrados, em regra, não põem fim à instrução processual antes da realização do DNA.

O exame de DNA é um meio de prova – pericial –, e que, de fato, é bastante confiável para auxiliar nas decisões das investigatórias de paternidade. Mas, entendemos que, pelos motivos expostos, o magistrado, o representante do Ministério Público, os advogados e as partes não devem abrir mão da utilização dos demais meios de provas admitidos em direito.

3. Coisa Julgada

3.1. Conceito

O instituto da coisa julgada encontra-se mencionado na CR, em seu art. 5º, inciso XXXVI.

Porém, é no âmbito infraconstitucional que existe a definição do instituto. Em 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil – LICC – Decreto-Lei 4.657/42, ainda vigente no ordenamento

³ O artigo 5º, LV da CR dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

jurídico, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, definiu o referido instituto: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial que já não caiba recurso”. Ainda no campo infraconstitucional, o CPC definiu, no artigo 467, como coisa julgada material a “(...) eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria lembram que “muitas são as tentativas de conceituar o que substancialmente seja o fenômeno da coisa julgada” (THEODORO JUNIOR e FARIA, 2004, p.78). Adiante, seguindo linha de raciocínio, com amparo nas palavras do também processualista de Sérgio Gilberto Porto, afirmam que:

“Do ponto de vista prático, que é o mais importante para o operador do direito, assim como para seus destinatários finais, a coisa julgada realmente se apresenta como ‘a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal’” (THEODORO JÚNIOR e FARIA, 2004, p.78).

Celso Neves define que “coisa julgada é o efeito definitivo da sentença sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial” (NEVES *apud* MACHADO, 2005, p.52).

De acordo com Chiovenda:

“A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que perdeu, não pode mais reclamar, ulteriormente o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos” (CHIOVENDA *apud* MACHADO, 2005, p.52).

Ovídio Baptista da Silva conceitua a coisa julgada como “a qualidade que torna indiscutível o efeito declaratório da sentença, uma vez que exauridos os recursos com que os interessados poderiam atacá-la” (SILVA *apud* THEODORO JUNIOR e FARIA, 2004, p.116).

Pode-se constatar que, no decorrer dos anos, vários juristas apresentaram suas definições, sendo certo que a idéia principal do instituto está diretamente ligada à imutabilidade da decisão terminativa do mérito do processo.

3.2. Limites objetivos da coisa julgada

Encontra-se categoricamente respaldado na doutrina moderna que os limites objetivos da *res judicata* estarão restritos às questões decididas da lide, em consonância com o disposto no art. 468 do CPC : “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Lopes da Costa afirma que “a sentença faz coisa julgada sobre o pedido” (COSTA *apud* THEODORO JUNIOR, 2003, p.484). No mesmo sentido, Sérgio Bermudes assevera que “somente o dispositivo da sentença (art. 458, III) e nada além dele, faz coisa julgada material. Só o dispositivo tem força de lei, mesmo assim, limitada essa eficácia à lide, ou às questões que, efetivamente, ele houver decidido (art. 468)” (BERMUDES, 2002, p.202).

3.3. Limites subjetivos da coisa julgada

Assim como os limites objetivos da coisa julgada, os limites subjetivos do instituto também estão consagrados na doutrina.

O art. 472 do CPC prevê que: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”. Interpretando esse dispositivo legal, Sérgio Bermudes disserta que:

“Essa norma adotou o preceito *res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet* (literalmente, a questão julgada entre outros a outros nem aproveita nem prejudica (...)). Portanto, a eficácia da coisa julgada é contida. Limita-se às partes do processo. Não alcança estranhos, os terceiros, que se mantiveram alheios à relação processual” (BERMUDES, 2002, p.197).

Celso Neves já afirmava, em 1971, que “a coisa julgada não tem, portanto, valor absoluto, restringindo-se a sua eficácia tão-somente às partes” (NEVES, 1971, p.495).

Humberto Theodoro Júnior defende que “a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.491). Adiante, baseando-se nos ensinamentos de Liebman, disserta que:

“(…) a coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim uma qualidade especial da sentença, que, em determinada circunstância, a torna imutável. Dentro dessa ordem de idéias, esclarece Liebman: a) a eficácia natural vale para todos (como ocorre com qualquer ato jurídico); mas, b) a autoridade da coisa julgada atua apenas para as partes” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.492).

4. Posicionamentos de Tribunais Brasileiros

4.1. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por muitos como avançado e inovador, e, por outras pessoas, apontado por não se atentar às normas técnicas, foi o primeiro Tribunal do País a rever suas decisões no que se refere à possibilidade, ou não, de reabrir a coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade.

É verdade que, no fim da década de 90 e início do século passado, os desembargadores estavam bastante divididos. O pensamento ainda não era unânime. Mas, com a repetição de julgamentos sobre a matéria, além de inúmeros debates, estudos etc., fizeram, aos poucos, com que se alcançasse um denominador comum.

Atualmente, podemos seguramente relatar que é pacífico o entendimento no TJRS de que “a sentença faz coisa julgada sobre a falta de prova, não sobre a investigação de paternidade; por isso, tem-se admitido nova demanda sem a necessidade de ação rescisória” (MOURA e OLTRAMARI, 2005, p.91).

Os desembargadores apontam que, das ações investigatórias de paternidade, que foram julgadas improcedentes, devido à insuficiência probatória, não resulta coisa julgada material. Nessa hipótese configura-se a coisa julgada formal. Por essa razão – pela falta de apreciação do mérito – os magistrados de segunda instância são favoráveis à reabertura do processo e, conseqüentemente, realização do exame de DNA.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à personalidade e da proteção integral – que garantem a preservação de crianças e adolescentes, além de boa vivência familiar – de acordo com art. 227 da Constituição da República, são os fundamentos, segundo os desembargadores do TJRS, que possibilitam o afastamento da segurança jurídica.

Muitas são as decisões nesse sentido. A propósito:

“Investigação de paternidade. Ação extinta sem julgamento de mérito. Preliminar de coisa julgada. Possibilidade de renovação da demanda. Tratando-se de ação, que diz com estado de pessoa, admite-se a sua renovação, uma vez que na demanda anteriormente ajuizada não houve formação de juízo de convicção a ser selado pelo manto da imutabilidade da coisa julgada. Por maioria deram provimento ao recurso para cassar a sentença e dar prosseguimento à ação.”(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013458146. Julgado em 29 de março de 2006 pela Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias).

Ao longo da pesquisa realizada no *site* do TJRS, encontramos um caso isolado que permite a reabertura processual após o trânsito em julgado, reconhecida pelos próprios julgadores, como de mérito. Vale ressaltar, outra vez, que segundo o entendimento da Corte do Rio Grande do Sul, não faz coisa julgada material sentença que julga improcedente o pedido sob os fundamentos de insuficiência probatória. Transcrevemos, a seguir, a ementa:

“Apelação cível. Ação de investigação de paternidade julgada procedente. Relativização da coisa julgada material. Propositura de nova ação. O valor que a coisa julgada visa resguardar é justamente o da segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1.º, inc. III, da Constituição, ou seja, o da dignidade da pessoa humana. Logo, ante a absoluta excepcionalidade do caso concreto, em que resta flagrante que a tramitação processual da ação julgada procedente não observou os dogmas constitucionais da ampla defesa, e em respeito ao direito à correta atribuição da relação paterno-filial ligado à preservação da dignidade pessoal - valor que deve ser sobreposto a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica – adequada a relativização da coisa julgada, viabilizando a propositura de nova ação com o mesmo objeto, para na instrução probatória ser realizada perícia genética, devendo ser desconstituída a decisão que extinguiu a demanda, sem julgamento de mérito. deram provimento, por maioria.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 700081022378. Julgado em 29 de abril de 2004 pela Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos).

Cumpre-nos destacar que se trata de decisão isolada no TJRS, onde, por maioria, os julgadores deram provimento à apelação interposta. Devemos realçar que esse pode ser um precedente perigoso naquela Corte.

Diante da falta de disposição legal sobre o assunto – omissão legislativa – aceitamos o entendimento do TJRS, apesar de não concordarmos, pelos motivos que serão adiante apresentados. Respeitamos, mas não aderimos à interpretação dos magistrados de que ocorre coisa julgada formal quando ação investigatória de paternidade for julgada improcedente pela falta de provas.

4.2. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

A Corte mineira oscila ao se posicionar sobre a matéria. As decisões, como apresentaremos a seguir, variam muito de uma Câmara para outra.

Em verdade, a maioria dos magistrados tem decidido, assim como o TJRS, que não faz coisa julgada material – mas sim formal – a sentença que julgar improcedente o pedido inicial das ações investigatórias de paternidade, sob as alegações de insuficiência de provas.

A propósito:

“Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Processo anterior. Pretensão improcedente por falta de provas. Direito de personalidade. Busca da verdade real. Renovação da ação. Admissibilidade excepcional. Recurso provido. 1. Em linha de princípio, a coisa julgada material impede seja renovada a ação. 2. Todavia, no caso de investigação de paternidade, que envolve inquestionável direito de personalidade, permite-se a renovação se a pretensão anterior foi rejeitada por falta de provas. Neste caso, existe interesse público na busca permanente da verdade real. 3. Apelação cível conhecida e provida. V.V. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DOIS PROCESSOS ANTERIORES JÁ JULGADOS. PATERNIDADE AFASTADA. COISA JULGADA MATERIAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE E DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMITAM A RELATIVIZAÇÃO. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. Súmula: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.”(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0056.03.054822-8/001(1). Julgado em 22 de fevereiro de 2005 pela Segunda Câmara Cível. Relator para o Acórdão: Brandão Teixeira).

Outro entendimento existente no Tribunal é de que não faz coisa julgada material quando todos os meios de prova admitidos em Direito não forem utilizados durante a instrução processual. Nesta hipótese haverá somente a coisa julgada formal, mesmo quando a sentença atacada atribuir a paternidade a alguém. Esse entendimento é seguido por diversos magistrados.

Os magistrados mineiros filiados à segunda corrente fundamentam tal entendimento alegando que os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito personalíssimo de uma pessoa conhecer sua ascendência e descendência sobrepõem a segurança jurídica da coisa julgada.

Nesse sentido:

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JULGADA PROCEDENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES - COISA JULGADA FORMAL - VERDADE REAL. - Nas ações de investigação de paternidade a coisa julgada que se forma é *rebus sic standibus*, podendo, conforme o caso, ser revista. ‘Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real’ (REsp 4.987/RJ). 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'. (Recurso Especial nº 226436/PR, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370). V.V. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - RELATIVIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Mostra-se inviável o manejo de ação negativa de paternidade, se existente anterior ação de investigação, onde foi reconhecida a paternidade, através de sentença devidamente transitada em julgado, com efeitos de coisa julgada material, não sendo a inexistência de exame de DNA causa bastante para se relativizar a soberania e a certeza jurídica da coisa julgada. Súmula: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0069.05.0443182/001(1). Julgado em 20 de novembro de 2005 pela Sétima Câmara Cível. Relator para o Acórdão: Wander Marotta).

Por fim, cumpre-nos destacar que, no TJMG, ainda existe terceira corrente de posicionamento. Há o entendimento que, em hipótese nenhuma, a coisa julgada poderá ser relativizada, salvo nas hipóteses previstas em lei. Para que ocorra a reabertura da coisa julgada nas decisões de mérito, em ações de investigação de paternidade, quando não for possível a propositura da Ação Rescisória, é indispensável alteração legal para que se alcance esse objetivo.

A título de ilustração:

“COISA JULGADA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DNA - PROVA DA VERDADE REAL - RELATIVIZAÇÃO. Sabe-se que a coisa julgada existe à conta de instituto destinado à segurança das relações jurídicas, o que explica a natural oposição de dificuldades às pretensões conducentes à sua ruptura. Todavia, nas ações de estado, - estado de pessoa - , após a evolução, não só no âmbito da ciência médica, mas também no da jurídica, em decorrência do advento do DNA, a coisa julgada sofreu justificável e oportuna atenuação em seus rigores, resultante da imperiosa necessidade do reconhecimento da verdade real emanada daquele exame genético. Ensejou-se, em conseqüência, sua relativização(dela, coisa julgada).V.V. Investigação de paternidade. Repetição da ação. Sentença anterior. Improcedência do pedido. Exame de DNA. Produção posterior. Coisa julgada. É incompatível com o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada a repetição de pedido de investigação de paternidade visando à realização de exame de DNA que, disponível à época da tramitação do processo primitivo, o investigador absteve-se de requerer e de produzir. Nega-se provimento ao recurso. Súmula: DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA, VENCIDO O RELATOR.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0407.03.003745-8/001(1). Julgado em 20 de maio de 2004 pela Quarta Câmara Cível. Relator: Almeida Melo. Relator para o Acórdão: Hyparco Immesi).

Podemos concluir, então, que o Tribunal mineiro, diferentemente do Tribunal gaúcho, não possui uniformidade em suas decisões no que tange à possibilidade, ou não, de relativizar a coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade. Assim sendo, diante da falta de uniformidade jurisprudencial, sempre há possibilidade de a parte que se sentir lesada ou vencida recorrer à instância superior, *in casu*, STJ.

4.3. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Assim como o TJRS e diferentemente do TJMG, o STJ tem entendido, pacificamente, que a coisa julgada deve ser relativizada quando a ação investigatória de paternidade for julgada improcedente, devido à insuficiência probatória.

Enquanto existe uma corrente no TJMG que permite a reabertura da coisa julgada até mesmo quando a sentença primitiva for julgada procedente, ou seja, quando adentra no mérito da questão, e outra que veda a flexibilização da coisa julgada em qualquer circunstância devido à falta de disposição legal, o STJ restringe a flexibilização da coisa julgada somente na hipótese de insuficiência de provas.

Quando a questão veio à tona, no fim do século passado, é verdade que os ministros ainda não aceitavam tal possibilidade.

Nesse sentido, transcrevemos ementa do ano de 1998:

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

I. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição. Completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código e revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

II. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado esta coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

III. Recurso Especial conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 107.248/GO. Julgado em 07 de maio de 1998 pela Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Mas com o decorrer dos anos, com novos estudos e com aumento de ações sempre sob os mesmos fundamentos, e principalmente pelo fato das Cortes estaduais divergirem muito, a questão começou a ser repensada.

Destacamos o importante papel exercido pelos Ministros José Augusto Delgado e Sálvio de Figueiredo no STJ, com intuito de modificar o entendimento dos demais julgadores sobre o tema, no início deste século, o que, de fato, ocorreu paulatinamente.

Desde então, várias foram as decisões no STJ que relativizaram a coisa julgada fundada em decisão julgada improcedente por insuficiência probatória.

A propósito:

“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 excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

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 comum.” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 226.436/PR. Julgado em 28 de junho de 2001 pela Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Por fim, cumpre-nos ressaltar que, após uma longa pesquisa realizada no *site* do STJ, pudemos constatar que o Tribunal não admite a reabertura da coisa julgada nas ações investigatórias, sob qualquer outro fundamento.

5. CONCLUSÃO

Boa parte da jurisprudência nacional tem admitido, nos últimos anos, a possibilidade de apreciar novamente o mérito das ações de investigação de paternidade, após o trânsito em julgado da sentença e do decurso do prazo legal para propositura da ação rescisória. É a denominada relativização, ou mitigação, ou, ainda, flexibilização da coisa julgada.

A Ciência, em regra, tem atribuído alto grau de confiabilidade às suas descobertas. Além disso, a Ciência também dá certeza a conceitos e situações em determinada época, mas, com a evolução, esses são alterados significativamente.

É notório que a Ciência não pára de evoluir. Diariamente, somos surpreendidos com notícias que divulgam novas descobertas científicas. Até o dia 23/08/2006, por exemplo, Plutão era planeta. No conceito de hoje, não o é mais. Com base em fatos como esse, não podemos afastar a possibilidade de, no futuro, diminuir-se o grau de confiabilidade do exame de DNA que, atualmente, é superior a 99%. Sabemos que a certeza científica de hoje poderá ser a dúvida ou o equívoco de amanhã.

O Direito, por sua vez, não pode ser apontado como ciência exata. Trata-se de ciência que está sempre em movimento, norteadada por suas normas, visando atender aos anseios da sociedade, numa determinada época e lugar.

O que se observa, na maioria das decisões sobre o tema ora em estudo, é uma notável interferência da Ciência Biológica no Direito, a ponto de comprometer a coisa julgada e a ação rescisória, que são garantias constitucionais – artigo 5º, XXXVI, artigo 102, I, alínea j e artigo 105, I, alínea e, todos da CR.

Institutos não jurídicos – como o exame de DNA e, por conseguinte, a Genética – estão prevalecendo sobre institutos jurídicos seculares, como é o caso da coisa julgada. Isso é evidente a partir do momento que detectamos que, para muitos magistrados, basta o exame de DNA apontar situação diversa da determinada na coisa julgada para que esta seja destituída. Institutos não jurídicos podem auxiliar o Direito, desde que exista compatibilidade para tanto, mas não o sobrepor.

Não podemos afastar a possibilidade de erro ou fraude durante o exame de DNA, conforme tivemos a oportunidade de discorrer no capítulo 2.2.

Então, levantamos algumas questões: nova interpretação da Biologia – em especial da Genética – mais avançada, que diminua a porcentagem de confiabilidade do laudo de DNA, ou o erro e a fraude durante o exame poderão relativizar novamente as decisões transitadas em julgado, mesmo após o decurso do prazo previsto no artigo 495 do CPC? O Estado, através do Poder Judiciário, poderá refazer coisa julgada que já foi alterada? Em outras palavras, o Judiciário poderá proceder à segunda relativização da coisa julgada em um mesmo processo?

Compete ao magistrado, ao proferir uma decisão, atentar-se a argumentos internos do ordenamento. Somente a Constituição – jamais a lei ou decisão judicial – poderá prejudicar a coisa julgada. Ao interpretamos a Constituição da República como unidade, verificamos que o único instrumento da Constituição para a relativização da coisa julgada é a ação rescisória, uma vez que esta também é prevista no texto constitucional. Sendo coisa julgada e ação rescisória institutos constitucionais, temos que esta limita aquela.

A coisa julgada é uma garantia fundamental resguardada pela Constituição. A partir do momento que é reapreciado um processo transitado em julgado, após o decurso do prazo legal para a propositura da ação rescisória, estaremos diante **não somente diante** ofensa à Constituição, já que a ação rescisória e a coisa julgada – conforme apontamos – são garantias constitucionais.

As hipóteses de rescisão da sentença têm de estar expressas, taxativa e exhaustivamente, nas leis, para que prevaleça o poder legal e, não, o poder das pessoas, o que dá margem à existência de arbitrariedade. A predominância da lei, sobretudo, da Constituição, é requisito fundamental para idéia contemporânea de Estado Democrático.

Entendemos serem extremamente necessários os debates e estudos sobre o assunto e indispensável aprovação de lei que possibilite a reabertura da discussão judicial, tanto nas investigatórias de paternidade quanto em qualquer outra espécie de ação. A segurança, legal e jurídica – insistimos em frisar – é importante garantia do cidadão num Estado Democrático de Direito.

A interpretação extensiva da lei, com a introdução de fundamentos meta-jurídicos, conforme vem acontecendo nas investigatórias de paternidade, dará margem ao enfraquecimento da ordem jurídica.

6. Bibliografia

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 233 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 192 p.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 150 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, capturado em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716)>, acesso em 28 de maio de 2006.

MOURA, Cláudia Bellotti; Oltramari, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v.6, n.27, dez/jan, 2005, p. 72-95.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 512 p.

RASKIN, Salmo. **DNA e investigação de paternidade**, capturado em: <<http://209.85.165.104/search?q=cache:YobMBouZ2EJ:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D538+transfus%C3%A3o+de+sangue+%2B+DNA+%2B+altera%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=26&gl=br>>, acesso em 25 de abril de 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coordenador). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 69-112.

_____. Princípio da verdade real – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.3, out/dez, 1999, p. 5-23.

* Na Internet

<<http://www.tjmg.gov.br>>, acesso em: 06 abril 2007.

<<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em: 06 abril 2007.

<<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 06 abril 2007.