

RESUMO

ÁREA DO ARTIGO: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Este artigo traz a discussão sobre a relativização da coisa julgada diante do surgimento do exame de DNA, mostrando e sugerindo soluções para casos já julgados e que, no entanto, não puderam se utilizar deste exame, formando um conjunto probatório baseado apenas em provas indiciárias, sem certeza técnica.

A COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM O ADVENTO DO EXAME DE DNA

O Direito de Família vem passando por importantes mudanças, iniciadas na realidade social fática e acompanhadas pela Constituição e pela legislação especial.

Entre essas mudanças, a Constituição Federal trouxe a equiparação de todos os filhos, independentemente da origem da filiação, inovação esta seguida pela Lei 8.069/90.

Com isso, o Magistrado, nas ações de determinação da paternidade, passa a ter o dever de impulsionar a produção de todas as provas possíveis, buscando incansavelmente a verdade real sobre a filiação biológica, devendo, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a qualquer momento, antes da sentença final, a realização das provas que entenda necessárias para a prolação da mais justa decisão.¹

Esse direito/dever é ainda mais importante nas ações de investigação de paternidade, pois o direito em questão é o interesse do menor e também o direito público de apuração e proteção do direito de todo cidadão à sua personalidade civil.

O direito à filiação trata-se de um direito natural de personalidade, constitucional, indisponível, imprescritível, inegociável, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público,² integrante da dignidade humana e fundamento da República Federativa do Brasil.

¹ WELTER, Belmiro Pedro. Ob. cit., p. 71.

² WELTER, Belmiro Pedro. Ob. cit., p. 61.

E, a favor da definição da real paternidade, temos o DNA que é, hoje, um exame genético cuja probabilidade de certeza técnica nesta prova chega a 99,99%.

O DNA só foi trazido para o Brasil em 1988.³ Ou seja, o exame do DNA só veio a beneficiar a instrução de ações investigatórias posteriores àquele período, ou seja, as ações de determinação de paternidade decididas antes do advento do DNA ficaram prejudicadas, pois foram fundadas apenas em provas indiciárias ou presunções, que não oferecem nenhuma segurança da verdade sobre a filiação.

A Constituição Federal dispõe que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

As correntes dividem-se em duas: a que impõe a coisa julgada a qualquer situação, independente da relevância do direito infringido, e a que coloca acima da coisa julgada outros aspectos, como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a necessidade do Direito acompanhar a evolução e o desenvolvimento social e biotecnológico.

Alguns autores sustentam a tese de que apenas ocorrerá a coisa julgada material, ou seja, a decisão somente passará a ser irrecorrível e definitiva, se forem produzidas todas as provas, ou seja, depoimento pessoal, prova documental, testemunhal, e pericial, especialmente o exame genético do DNA.⁴

A verdade formal, que é aquela que se firma pelo conjunto probatório constante nos autos do processo, nem sempre coincide com a verdade real. E, por isso, todas as provas são necessárias para se chegar à verdade mais próxima da real.

Enquanto não houver a realização de todas as provas, será nula a sentença em vista do não exaurimento da prestação jurisdicional, que ofende veementemente a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Civil, por ferir o princípio da dignidade humana, o da busca da verdadeira paternidade (perfilhação biológica) e o da ampla defesa.

³ RASKIN, Salmo. Ob. cit., p. 195.

⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Ob. cit., p. 71.

Além disso, não é justo que o investigante não tenha direito a saber sua paternidade biológica, nem que o investigado tenha a declaração de uma filiação inexistente.⁵

As decisões humanas incorrem em falhas, que podem causar injustiças às partes. E esses erros devem ser corrigidos de alguma forma, independentemente da coisa julgada material ter-se firmado ou não.

Enquanto a lei não é modificada, os operadores do direito devem se valer da lei que existe.

Se as partes tiverem percebido o erro dentro do prazo da ação rescisória, ou seja, dois anos do trânsito em julgado da sentença, poderão propô-la com base nos incisos V, VII e IX do art. 485 do CPC.

O inciso V dispõe que a rescisória se justifica nos casos em que houver violação a literal disposição de lei.

Ocorre a violação à disposição do art. 130 do CPC quando da omissão da perícia de DNA na instrução, pois o Juiz tem o poder e o dever de determinar a produção de todas as provas necessárias, inclusive a pericial. Assim, enquanto não estiver esgotada a instrução, não poderia haver o julgamento de mérito sobre a filiação.⁶

O inciso VII dispõe que caberá a rescisória se, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Se a realização do DNA passou a ser possível apenas após o trânsito em julgado da decisão de determinada ação investigatória, o laudo da perícia genética se tratava de um documento ignorado pelas partes, à época do processo, ou, ainda que fosse conhecido, tratava-se de uma prova de que as partes não poderiam se utilizar, já que não poderia ser produzida.

Quanto a ser um documento capaz de assegurar um pronunciamento favorável, deve-se empregar este termo à capacidade do documento de trazer aos autos a verdade real, independente de quem será o sucumbido. E isso é inegável

⁵ SIMAS FILHO, Fernando. In WELTER, Belmiro Pedro. Ob. cit., p. 72.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. 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, nº 03, out/nov/dez. 1999. p. 21.

que o exame genético do DNA seja capaz de fazer, já que dá quase que 100% de segurança e certeza na determinação da paternidade.

Alguns autores falam que “documento novo” não é o constituído após o trânsito em julgado da sentença, e sim o que já existe antes, mas de que a parte não pôde fazer uso. Seria o documento apresentado depois, e não o elaborado depois.⁷

Porém, o DNA de cada pessoa sempre existiu em cada uma. O que ocorreu posteriormente foi a realização do exame para demonstrar uma situação de fato que sempre existiu, mas nunca pôde, seguramente, ser comprovada.

Não se pode simplesmente ignorar a situação fática, devido a uma questão formal que impede a produção da prova mais firme até hoje descoberta.

Se a forma de provar seguramente a paternidade é só através do DNA e este só pôde ser analisado depois do trânsito em julgado da ação, trata-se, sim, de um documento novo e que deve ser apreciado.

É importante se fazer uma interpretação histórica e teleológica da lei, ou seja, ter em vista a época em que a lei foi elaborada e visar alcançar o significado que o legislador quis dar aos conceitos legais e a finalidade a que eles levariam.

É certo, porém, que o legislador não teve a intenção de desamparar alguns e amparar outros, assim como não poderia prever a descoberta de um exame que mudaria todos os sistemas de análise do vínculo genético.

Por isso, é que quem deve fazer a interpretação mais favorável ao menor e de acordo com o progresso científico reconhecido atualmente são os operadores do Direito. E para tanto, é necessário que se opere a justiça na interpretação e na elaboração da lei, ou como é o caso em questão, na modificação da lei.

O inciso IX do mesmo artigo trata do cabimento da ação rescisória quando “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

Quando numa ação de investigação de paternidade o julgador determina a filiação com fundamento apenas em outras provas, está baseando o julgamento de um importante direito em uma prova que traduz precariamente a verdade material, apresentando-a, muitas vezes, de forma diferente do que realmente é, por não ter potencial para fazê-lo melhor.

Conclui-se, assim, que houve erro na interpretação da verdade real, induzido através dos atos da causa.

⁷ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Ob. cit., p. 224.

Mas se as partes só descobrirem o erro da decisão após o prazo de proposição da rescisória, não sendo mais esta cabível, as partes poderão, ainda, se amparar pela ação ordinária de anulação, através da qual poderão pedir, nos autos da ação investigatória, a anulação da decisão que determinou erroneamente a paternidade, por não terem sido produzidas todas as provas, requerendo-se o prosseguimento da ação, com a produção das demais provas, especialmente do exame genético DNA.⁸

Outra solução proposta por alguns autores é a de ingressar com nova ação de investigação de paternidade para retomar a produção das provas não realizadas na ação anterior, pois, se na primeira ação não foram produzidas todas as provas, a prestação jurisdicional não se exauriu e não ocorreu a coisa julgada.⁹

Diante do nosso atual ordenamento jurídico, estas soluções para retificação de uma injustiça sofrida pelas partes numa ação investigatória, não ignoram simplesmente a coisa julgada, mas utilizam-se do bom senso para não ignorar a função jurisdicional (dar decisão justa e satisfatória), a finalidade do Direito (regular a sociedade) e o direito à dignidade humana, muito mais relevantes do que o instituto da coisa julgada, que pretende apenas, sem a pretensão de diminuir sua importância, dar segurança da efetividade da decisão às partes.

Antes, porém, de garantir a efetividade dessa decisão, deve-se ter a absoluta certeza de que tal decisão foi tomada com base em fundamentações corretas.

O maior impasse encontrado pela tese da relativização da coisa julgada é o fato de que a coisa julgada se transformou num dogma que deveria predominar a todo custo, não importando a gravidade do direito transgredido.

A coisa julgada é um instituto de extrema importância, pelos seus objetivos mesmos. No entanto, o DNA é, hoje, a forma mais segura de se provar uma vinculação genética, sendo justo que seja utilizada para beneficiar também aquelas pessoas que dela não se favoreceram, sendo penalizadas com a decisão equivocada, não por culpa do julgador, mas por culpa da insuficiência ou ineficiência das provas utilizadas.

⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Ob. Cit., p. 78.

⁹ SARAIVA, João Batista Costa. In WELTER, Belmiro Pedro. Ob. Cit., p. 78.

É importante destacar que não se pretende com essa discussão professar a sacralização do exame do DNA, que, embora seja uma prova muito eficiente e segura, não é a única. Dessa forma, não se deve manter uma confiança cega no exame de DNA.¹⁰

A importância desse exame, porém, está no fato de, juntamente com os outros meios de prova, instruir o processo com segurança e certeza, evitando de todas as formas possíveis que seja determinada uma paternidade falsa ou que a verdadeira não se estabeleça.

Mas, enquanto o direito natural é imutável, o direito positivo é circunstancial e se conforma às necessidades e valores momentâneos de cada sociedade.¹¹ A realidade social é que fornece subsídios para que o legislador elabore as leis, que devem ter no fato social sua razão e origem. O Direito não se justifica por si só e é por isso que as leis devem ser mudadas conforme a realidade social.

Há a necessidade, não de se desconsiderar a coisa julgada material, mas de se reconhecer a existência e a importância de um direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Até mesmo alguns desembargadores do TJMG concordam com o fato de que o Direito não está acompanhando a evolução social e que a coisa julgada está sendo supervalorizada dentro do sistema processual.

Como o STJ entendeu, saber a verdadeira paternidade é um legítimo interesse da criança, um direito que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar, um direito sagrado. Não se pode inibir a produção de provas científicas existentes e admitidas, com base em precedentes, e não se deve ficar atado a normas ultrapassadas em detrimento da verdade real.¹²

A nova ordem não pode deixar desprotegidas as pessoas cujas paternidades foram decididas de forma quase que arbitrária, já que não havia nenhuma prova que assegurasse com certeza a verdade que se pretendia estabelecer, devido a uma questão formal que não atende a princípios relevantes do nosso ordenamento.

¹⁰ VELOSO, Zeno. Ob. cit., p. 199.

¹¹ SILVA, Edson Ferreira. In WELTER, Belmiro Pedro. Ob. cit., p. 65-66.

¹² Resp. n. 4.987-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, STJ, 4ª T., DJU de 28/10/91, RSTJ 26/378. In VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2. Direito de Família. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 219-220.

O direito à filiação é mais relevante do que qualquer questão de ordem formal ou processual. A diferença é que a coisa julgada é um instituto processual que visa garantir um direito, enquanto o direito a saber o próprio estado de filiação é o próprio direito a ser assegurado.

Não se pode, portanto, permitir que um instrumento de proteção ao direito desdenhe este próprio. O que interessa é que o direito seja exercido plenamente, e não que a formalidade do processo ocorra independente da proteção ao direito.

O processo judicial consiste no meio através do qual as partes procuram resolver um conflito de interesses por intermédio do Estado, que dita a lei.

Se a lei determina que todas as provas admitidas em Direito deverão ser produzidas, é porque essa é a forma pela qual a justiça se presta. E não ocorrendo conforme a disposição legal, a prestação jurisdicional não pode ser válida, posto que não está obedecendo à sua própria regulamentação.

É contraditório, portanto, o mesmo ordenamento elevar um direito à categoria de fundamento da nação e, ao mesmo tempo, criar um outro instituto que impede que este direito seja pleno. No entanto, quando uma se sobrepõe à outra, deve-se analisar a relevância do direito em voga.

A coisa julgada deve ser respeitada quando esse respeito realmente proteger o direito que está, em tese, garantido à parte. Mas quando a coisa julgada, como instituto processual, obstaculizar o exercício de um direito que não pôde ser exercido por insuficiência de provas, em determinada época, ela não deverá se sobrepor.

É importante lembrar sempre que onde estão os homens em sociedade está o Direito, e que é a partir da evolução daquela que a evolução deste se faz necessária, e não o contrário.

**Karina de Pinho Moreira, Advogada, ex-aluna do Centro Universitário Newton
Paiva**