

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 363.889 - DF E A
DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.**

THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº 363.889 - DF AND DECONSTITUTION OF RES
JUDICATA IN ACTIONS OF INQUIRY OF PATERNITY.

MARCELLUS POLASTRI LIMA¹.

RENATA VITÓRIA OLIVEIRA S. TRANCOSO²

Resumo:

Doutrina e jurisprudência se inclinam a encontrar soluções adequadas para ultrapassar a imutabilidade de determinadas decisões. Em alguns momentos, colocam em colisão valores que, em ponderação com a segurança jurídica, possam sobrepor-las. Desta feita, apesar do ordenamento jurídico apresentar soluções para a desconstituição da coisa julgada, se sabe que há a pretensão de abandonar os mecanismos previstos, visando desconstituir a coisa julgada, quando esta for declarada inconstitucional. Notadamente, recente decisão da Suprema Corte brasileira permitiu fosse desconstituído determinado julgado, baseando-se em princípios constitucionais. Inúmeros são os questionamentos e, brevemente, no presente artigo, se

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1985), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Atualmente é professor-doutor (adjunto) da UFES, na Graduação e Pós-Graduação "stricto sensu", no Curso de Mestrado em Direito Processual. É pesquisador no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal, Estrangeiro e Internacional) da Universidade de Göttingen, Alemanha, a nível pós-doutoral, além de fazer parte do Comitê Acadêmico do Boletim Semestral do Grupo Latino Americano de investigação penal desta Universidade. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador de Justiça.

² Graduada em Direito pela Universidade de Vila Velha. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Gestão Educacional Integrada Instituto Superior de Educação e Cultura Ulysses Boyd Aluna especial do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do estado do Espírito Santo. Professora Universitária do Centro de Ensino Superior de Vitória. Advogada.

pretende contrapor a decisão da Suprema Corte, com as soluções apresentadas por doutrina e jurisprudência quanto ao tema. A metodologia utilizada é descritiva e analítica, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário. Coisa julgada. Desconstituição. Investigação de Paternidade.

Abstract:

Doctrine and jurisprudence are inclined to find appropriate solutions to surpass the immutability of certain decisions. In some moments, put colliding values that, in proportionality of legal certainty, may surpass it. Consequently, although the regulatory system present solutions for deconstitution of res judicata, we know that there is the intention to abandon the mechanisms provided in order to deconstitute res judicata when it is declared unconstitutional. Notably, a recent decision of the brazilian Supreme Court allowed deconstituted one judged, used only constitucional principles. There are many questions and, briefly, in this article, we want to counte the decision of the Supreme Court, with the solutions presented by doctrine and jurisprudence about this subject. The methodology and analytical and descriptive developed through literature search.

Keywords: Extraordinary Appeal. Res Judicata. Deconstitution. Paternity Investigation.

1. INTRODUÇÃO.

Elencada no rol dos direitos e garantias constitucionais no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a coisa julgada é qualidade de imutabilidade da relação jurídica processual e da pacificação do litígio (RODRIGUES, 2010, p. 246). Assim, visando garantir segurança e estabilidade das relações jurídicas, a coisa julgada é fenômeno que impede o prolongamento infundável da discussão de demanda levada à apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, a manutenção da coisa julgada, em determinadas circunstâncias, pode ir de encontro a princípios também nobres ao Direito, notadamente quando o objeto da demanda cuida de questões afetas ao Direito das Famílias, pois nesse ramo, para além de benefícios patrimoniais, se pretende resguardar, também, inúmeros direitos que possuem ligação estrita com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que, nos dizeres de Maria Berenice Dias “o direito das famílias é o mais humano de todos os direitos”. (2007, p.78).

Assim, quando há colisão entre princípios afetos ao instituto da coisa julgada e princípios relacionados ao Direito de Família, quais têm sido as soluções adotadas para se equacionar o aparente conflito? Nesse ínterim, doutrina e jurisprudência vêm desenvolvendo soluções buscando pacificar os recentes questionamentos quanto à manutenção ou afastamento da imutabilidade da coisa julgada. Tanto o é que em 16 de dezembro de 2011, foi publicado acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), que por seu Tribunal Pleno, no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF (STF, 2011), decidiu, por maioria, dar provimento ao recurso afastando a manutenção da coisa julgada em favor, principalmente, do direito à filiação, entendido como direito de estrita conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Justifica-se o desenvolvimento do presente tema, posto que, inova o Supremo Tribunal Federal, no tratamento da Coisa Julgada, o que tem por consequência grande influência no desenvolvimento de novos estudos jurídicos quanto ao tema. Há ainda a possibilidade de que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha relevante impacto social, vez que, será cabível a revisão de decisões transitadas em julgado, mesmo que extrapolado o prazo legal previsto para a Ação Rescisória.

Portanto, o presente artigo tem por objetivo analisar os fundamentos da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 363889, originário do Distrito Federal, realizando paralelo entre o instituto da coisa julgada - e os fundamentos adotados no acórdão do Recurso Extraordinário. Busca-se identificar as soluções apontadas por doutrina e jurisprudência quanto à superação da coisa julgada no âmbito do Direito das Famílias.

Para tanto, será delimitado o instituto da coisa julgada quanto aos meios tradicionais para sua impugnação, levando em consideração estudos quanto a coisa julgada inconstitucional. Em seguida, se pretende realizar análise dos fundamentos do Recurso Extraordinário nº 363889/DF, demonstrando seu conteúdo de inovação quanto ao meio de impugnação da imutabilidade da coisa julgada.

Por fim, é de frisar que para o desenvolvimento do presente artigo, adotou-se por método de abordagem os chamados métodos analítico e dedutivo e utilizando-se, por técnica de coleta a documentação indireta por pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sem se descurar de uma certa apreciação crítica.

2. COISA JULGADA, ASPECTOS CONTROVERSOS E MEIOS TRADICIONAIS PARA IMPUGNÁ-LA.

Instituto assegurado constitucionalmente como direito fundamental (art 5º, XXXVI, CRFB), a coisa julgada, como dissemos, é capaz, *a priori*, de tornar definitivo determinado pronunciamento jurisdicional. Desta feita, sua existência se confunde com a de outros direitos fundamentais assegurados nos Estados Democráticos de Direito, tais como o direito de ação, constitucionalmente advindo da inafastabilidade da jurisdição (art.XXXV da CFR) e da necessidade de segurança jurídica. Em relação a uma decisão que envolva a necessidade que no litígio se considere argumentos e provas, se utilizando, as partes e o julgador, de técnicas processuais idôneas, há ainda o direito a uma “tutela jurisdicional indiscutível e imutável” e, portanto, resta claro que o instituto da coisa julgada possui coesão com o que se espera de uma tutela jurisdicional efetiva. Em outro diapasão, é cristalino que a coisa julgada pretende resguardar a segurança jurídica permitindo, nos dizeres de Marinoni (2008, p.62), em sua perspectiva subjetiva, a confiança dos cidadãos nos atos do Estado e, em sua perspectiva objetiva, a garantia de irretroatividade e previsibilidade dos atos do Estado.

Por certo, a manutenção de determinado julgado, como se imutável fosse, traz consigo a possibilidade de pacificação de determinado questionamento, retirando das partes a insegurança que existia antes do pronunciamento definitivo sobre determinada situação jurídica. Dessa maneira, mais do que um simples instrumento processual, a coisa julgada pretende gerar juízo de certeza capaz de estabilizar angustias do indivíduo sobre determinada questão.

Especificamente quanto à formação da coisa julgada, nas ações investigatórias de paternidade, se questiona se os pronunciamentos jurisdicionais possuem o cunho de tornar definitivo o decidido em determinada demanda.

Notadamente, o questionamento se dá em virtude da natureza das ações de investigação de origem genética, qual seja: o de ação de estado que visa a tutela direitos indisponíveis. Quanto a isso, Wambier e Medina (2003, 195) contrariam o argumento de que a improcedência de ação que tenha por objetos direitos indisponíveis, não é capaz de dar ensejo a coisa julgada e reconhecem, que o argumento é “extremamente arriscado” e, continuam a elucidar a *vexatio quaestio*:

[...] Ora se o direito é indisponível, poderia o autor coloca-lo em litígio, sabido que há risco de que o pedido seja julgado improcedente? Se negativa a resposta, o pedido haveria de ser considerado juridicamente impossível; se positiva, então não se poderia dizer que está, efetivamente, diante de um direito indisponível, razão pela qual nada impediria que a coisa julgada atingisse o julgado referido a tal litígio. A contradição, no entanto, é apenas aparente, porquanto mesmo os direitos indisponíveis são suscetíveis de limitação. Desse modo, nada impede que alguém, no afã de buscar tutela jurisdicional de um direito – indisponível- reste vencido, e a sentença aí proferida restará acobertada pela coisa julgada.

No mesmo rumo, Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p.: 260), afirma que nas causas relativas ao estado das pessoas, o art 472, Código de Processo Civil (CPC), dada sua redação, permitirá a formação de coisa julgada a todos os que forem interessados que “fizerem parte da relação jurídica processual”.

Ademais, em sentido contrário, ainda em relação à formação da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, se interpela quanto à estabilidade dos julgados em detrimento a insuficiente produção de provas da filiação. O que se observa é a afirmação de parte da doutrina e jurisprudência (conforme se demonstrará), de que, o não esgotamento de todos os meios de prova disponíveis acarretaria, por consequência, a impossibilidade de se gerar uma decisão definitiva quanto à origem genética do interessado no reconhecimento da paternidade.

Interessante pontuar que o entendimento de formação da coisa julgada, considerando seu limite objetivo, qual seja, o *secundum eventum probationes*, nas ações de investigação de paternidade, possui ampla convergência com coisa julgada na tutela de direitos coletivos e dos direitos difusos, já que, nessas ações, de igual maneira, apenas haverá a formação da coisa julgada quando esgotados todos os meios de prova, não apresentando tal conclusão inovação em nosso ordenamento. Assim, afirmam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2012, p. 377):

Se a decisão julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará a coisa julgada.

[...] Mitiga-se a eficácia preclusiva da coisa julgada material. Na verdade a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade [...].”

Nesse sentido, manifesta-se Maria Berenice Dias, citando Humberto Theodoro Jr. (2007, p. 361) quanto à insuficiência de provas:

De todo descabido que a falta de prova, decorrente da omissão do demandado gere definitivamente a impossibilidade de ser buscada a identificação do vínculo familiar, que diz com a própria identidade da pessoa. Quando não logra o autor provar os fatos constitutivos do direito, ou seja, que é filho do réu, o não acolhimento da ação não dispõe de conteúdo declaratório de que o réu não é o pai do autor. A improcedência da ação não significa a inexistência do vínculo de filiação. Em sede criminal, quando tal ocorre, se não há provas, a ausência de elementos de convicção enseja a absolvição do réu. Na esfera cível, inexistente essa possibilidade, mas a insuficiência probatória não pode levar a um juízo de improcedência, mediante sentença definitiva.

A não realização da prova, em tais casos, não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de que o réu não é o pai do autor. O que ocorre é mera impossibilidade momentânea de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na inicial. Como a omissão probatória não pode ser imputada ao investigante, não há como apená-lo com uma sentença definitiva de reconhecimento da ausência do vínculo de filiação.

No mesmo sentido, também em relação às ações de reconhecimento de paternidade Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p.: 575):

Veja-se, inclusive que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas a rejugamento da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de provas não passa em julgado, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

Assim, da mesma maneira que ocorre nas ações coletivas, apenas o esgotamento dos meios de prova teria o condão de tornar definitiva, a decisão transitada em julgado nas ações investigatórias.

Marinoni (2008, p. 179), contrapondo as afirmações dos autores anteriormente citados, afirma que a coisa julgada material impede a “rediscussão do litígio com base em nova prova”, no entanto, as ações investigatórias de paternidade, apresentariam argumento diferenciado, já que o exame de DNA seria “técnica probatória que surgiu depois do trânsito em julgado da sentença de improcedência”, porém, de igual modo, seria descabido a protocolização de nova ação, visando rediscutir pedido objeto de coisa julgada material, veja:

É equivocada, além de desnecessária, a idéia [sic] de contrapor o direito à descoberta do verdadeiro pai com a coisa julgada para justificar a rediscussão da causa com base no exame de DNA.

[...] não há como opor um direito, seja ele qual for, à coisa julgada, uma vez que expressa o fim ou o término do discurso sobre o próprio direito, estando por isso mesmo em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade.

Wambier e Medina (2003, p. 191), também combatem o argumento de não formação de coisa julgada quando não esgotado o meio de prova afirmando que “a existência de uma prova pericial nova, produzida sobre fato pretérito, não pode justificar, consoante adiante de

[sic] procurará realçar, a inexistência da coisa julgada”. E, quanto a formação da coisa julgada “secundum eventum probationis” (Wambier e Medina, 2003, p. 194):

É duvidoso, no entanto, que esta estrutura possa ser imposta às ações relacionadas à paternidade. É que segundo pensamos, embora se esteja diante da tutela do direito ao reconhecimento à filiação, existe também a necessidade de “proteger situações familiares reconhecidas e consolidadas” A segurança jurídica oriunda da coisa julgada, assim sendo, não é apenas uma técnica processual. Especialmente no caso ora analisado, a coisa julgada veda que a estabilidade familiar – tão frágil, nos dias de hoje – seja arranhada pelo manejo sucessivo de ações investigatórias de paternidade.

Por conclusão, como vimos, se pode afirmar que há na doutrina divergência quanto à formação ou não da coisa julgada, nas demandas de reconhecimento de paternidade quando não for possível o esgotamento de todos os meios de prova. Porém, se acredita que a melhor corrente é a que aponta para a formação da coisa julgada, mesmo que não se tenha realizado o exame pericial de aferição das informações contidas no material genético das partes na ação investigatória, afinal, havendo produção insuficiente de provas, necessariamente ao que tange à juntada do laudo pericial, há no nosso ordenamento plena possibilidade manejo de ação rescisória visando desconstituir o julgado, ante a existência de novo documento, pois este não estava a disposição das partes, de maneira ampla e irrestrita, a realização do exame de paternidade, superando, dessa maneira, qualquer necessidade de alegação de afronta à princípios constitucionais para justificar a inconstitucionalidade da coisa julgada.

Quanto ao manejo de ação de impugnação visando desconstituir decisão imutável pela coisa julgada material, tradicionalmente são reconhecidos como meios cabíveis para a desconstituição, a ação rescisória e a ação anulatória. No entanto, em nosso ordenamento, cabível a revisão da coisa julgada, como afirma Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 478) ainda por outros instrumentos:

c) impugnação com base na existência de erro material; d) impugnação da sentença inconstitucional (com base no art 475-L, §1º e art 741, parágrafo único do CPC); e) e a possibilidade de revisão da coisa julgada por denúncia de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos formulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação ao manejo de Ação Rescisória tanto Wambier e Medina (2003, p.270) , quanto Marinoni (2008, p.191) defendem sua interposição visando desconstituir julgado em Ação de Investigação de Paternidade, pela superveniência de técnica científica mais recente - exame de DNA - com fundamento no art. 485, VII, CPC. Fazem os autores, no entanto, ressalva, posto que, o exame pericial não se amolda por completo na expressão *documento novo* do art. 485, VII, CPC. (Wambier e Medina, 2003, p. 201 e Marinoni, 2008, p. 192).

Assim, Wambier e Medina (2003, 201) afirmam:

Seria o exame de DNA equiparável ao “documento novo” a que se refere o aludido preceito legal? Interpretação literal certamente levará à resposta negativa. Insta, no entanto, investigar o motivo pelo qual o legislador manifestou predileção pelo “documento”, nada referindo a outros mecanismos probatórios (testemunhas, por exemplo). Noticia-se na doutrina que a prova testemunhal teria sido preterida ante seu grau de incerteza. Mas não parece que este mesmo argumento pode ser estendido à prova pericial. Pelo contrário, comparando-se a prova documental com uma prova pericial conclusiva, pode-se dizer que esta é uma prova mais “segura” que a documental. [...] Por isso, parece-nos, data vênica de orientação contrária, que, se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, muito mais razão se deve-se admitir o ajuizamento da ação rescisória com fundamento em exame pericial novo.

Ainda, ao que se refere a desconstituição de decisão em investigação de paternidade, RODRIGUES (2010, p. 568), afirma que, ou se entende que, havendo desenvolvimento científico capaz de gerar prova superveniente, não há a formação de coisa julgada da decisão anterior, cabendo ação de conhecimento sobre o mesmo pedido – argumento que, como dissemos, não é pacificado na doutrina - ou se deve acolher a possibilidade de que protocolização de ação rescisória, fundamentada nos termos do art. 474, CPC, se considerando o termo documento novo como os que provem fatos velhos, “mas que a época não se poderia cogitar”.

Por certo, não é a melhor solução a criação de regra específica quanto à submissão da coisa julgada nas demandas individuais, ou seja, sua formação apenas *secundum eventum probationis*, pois, se criará entendimento que possivelmente será utilizado na tentativa de se rescindir outras decisões, que não tenham por objeto os direitos fundamentais, tal como ocorre na ação de reconhecimento de paternidade. Consequência lógica será a indesejável instabilidade dos julgados e a possível protocolização de inúmeras ações de conhecimento visando desconstituí-los, desnaturando o sistema processual vigente e, ainda, comprometendo a atividade do Poder Judiciário chamado a se manifestar em ações de conhecimento que visam apenas a suplantar os requisitos impostos à protocolização de demandas rescisórias. Assim, se acredita que a interposição de Ação Rescisória, seria o meio mais seguro de se permitir a revisão do julgado.

Atende-se, que qualquer regra criada visando superar as dificuldades havidas nas ações de reconhecimento de paternidade terá, certamente, efêmera utilização, vez que, se reconhece como pouco possível, depois da criação do exame de DNA e de sua disponibilização de forma gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, possa vir a ser manejada ação de investigação de paternidade, sem a utilização da perícia para aferição da

origem genética do sujeito, portanto, a criação de outra regra acabará por ser utilizada em um número limitado de demandas, ou seja, aquelas que possam ser julgadas sem a utilização do exame do DNA.

Por conclusão, mais razoável seria, apenas a adequação dos requisitos de cabimento da ação rescisória, notadamente, quanto ao termo inicial da contagem do prazo, já que, aqui se toma por empréstimo as lições de Wambier e Medina (2003, p. 204):

É ilógico e injurídico que um prazo corra contra alguém, sem que seja possível, juridicamente, que este alguém tome alguma providência. É impensável que corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo da lesão ocorrer.

Interessantes, também, são as ponderações de Marcelo Cunha de Araújo (2007, p. 188), em defesa da coisa julgada inconstitucional, já que este autor contrapõe a regra do art. 495, CPC com a do art. 27, ECA, que prevê que “o direito de reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível”, citando, ainda, além dos dispositivos apontados, outros dispositivos constitucionais (2007, p.186-189), visando concluir que, se a coisa julgada afrontar dispositivos constitucionais, ela deverá ser revista. E, especificamente, no que tange às ações de reconhecimento de paternidade, e o prazo de interposição de ação rescisória, afirma:

Ressalte-se que em nossa opinião, não seria necessária a existência da legislação infraconstitucional para se concluir pela possibilidade de ação rescisória mesmo após o prazo do art. 495 do CPC, em vista dos ditames constitucionais já explicitados. Assim caso não houvesse qualquer legislação a este respeito, entendemos ser inaplicável o prazo às ações rescisórias específicas para a desconstituição de coisa julgada que atinge o *status familiae*. Mas, a contrario [sic] sensu, exploramos esta argumentação.

Atente-se, no entanto, em relação à ponderação entre direitos relativos ao reconhecimento de paternidade e os limites da coisa julgada, às lições de Marinoni (2008, p. 179), que é contrário a realização de juízo de ponderação em relação à coisa julgada:

[...] não há como opor um direito, seja lá qual for, à coisa julgada, uma vez que esta expressa o fim ou término do discurso sobre o próprio direito, estando, por isso mesmo, em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade.

E continua (2008, p. 184):

[...] A coisa julgada não pode ser objeto de “ponderação” por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental.

Registra-se, no entanto, como se verá adiante, que o juízo de ponderação tem sido utilizado pela jurisprudência para justificar a relativização da coisa julgada, abrindo espaço, inclusive, para a protocolização de ações de conhecimento, que pretendam que seja investigada a paternidade, mesmo que tenha havido ação idêntica anterior transitada em julgado, o que, conforme análise feita nesse artigo, é um desperdício, por haver em nosso ordenamento instrumento capaz de rever a citada decisão, qual seja, ação rescisória, sendo necessário apenas, como defendemos supra, pequenos ajustes em seus requisitos de cabimento.

Quanto a necessidade de adaptação dos requisitos da Ação Rescisória visando suplantar as dificuldades havidas em relação à sua utilização em Ação de Investigação de Paternidade que tramitou sem subsidiar-se no exame pericial de aferição de herança genética, tanto quanto aos óbices impostos pelo termo inicial de contagem do prazo decadencial para a sua propositura e no que se refere a existência da expressão documento novo do art. 485, VII, CPC, se poderia, de maneira paralela, se responder utilizando as próprias respostas já trazidas doutrinariamente em ação de impugnação irmã existente no Processo Penal, ou seja, na Revisão Criminal. Ora, se no processo penal a [...] natureza jurídica de relação processual assume maior função garantidora do que no processo civil, já que o acusado é visto como pessoa (sujeito da relação processual) e não apenas como objeto e coisa. (LIMA, 2012, p. 17), porque deve ser diferente no processo civil?

Temos, ainda, que doutrina e jurisprudência (como veremos) defendem, muitas vezes, a interposição de Ação Rescisória para a revisão de julgado em Ação Investigatória, se firmando em valores e garantias constitucionais do indivíduo em sobreposição aos aspectos formais do processo civil, e, assim, porque não utilizar, como paradigma, alguns dos fundamentos da Revisão Criminal para adequar os pressupostos da Ação Rescisória?

Por exemplo, quanto ao prazo de interposição da Revisão Criminal, se sabe que esta pode ser proposta a qualquer tempo (art. 622, Código de Processo Penal - CPP), desde que observados os demais requisitos para sua protocolização. Em outro diapasão, o art. 621, CPP, prevê a possibilidade de propositura de Revisão Criminal, quando houver “novas provas” que segundo já se defende que “prova nova pode ser ou não correlacionada ao fato alegado no processo original, admitindo-se, inclusive, prova de fato novo, não apreciado no primeiro processo, fato este que pode ter sido descoberto posteriormente, inclusive” (LIMA, 2012, p. 1108). Desta feita, utilizando de maneira paradigma os ditames da Revisão Criminal,

conseguir-se-ia solucionar tanto a questão do prazo para protocolização da Ação Rescisória, como também, quanto aos limites da prova.

Assim, por conclusão, vê-se não ser necessária a criação de qualquer instrumento inovador, ou de fabulosas teorias, quando na verdade, basta apenas à adaptação de instrumentos processuais, que já estão à disposição em nosso arcabouço legal, para se atender situação tão pontual, qual seja, a ausência da realização de exame de DNA nas ações de investigação de paternidade.

3. ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

Superadas as digressões cabíveis quanto à coisa julgada, se passa à análise do caso concreto recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o RE nº 363889/DF.

Assim, se utilizou, a parte autora da ação de reconhecimento de paternidade e Ministério Público, de Recurso Extraordinário, como meio manejado para impugnar decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em agravo de instrumento, que, reformando decisão do Juízo de piso, determinou a extinção do processo, sem análise do mérito, reconhecendo para tanto a preliminar arguida em contestação, quanto à existência de coisa julgada.

A decisão em Recurso Extraordinário que passamos a analisar foi ementada da seguinte maneira:

EMENTA 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 repropositura 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 providos. (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).

Inicialmente, se deve observar que o meio manejado pelo autor da demanda de Investigação de Paternidade, para suplantar a improcedência de sua ação anterior, por “insuficiência de prova dos fatos alegados” (RE 363889, 2011, p. 5) por não ter sido possível utilizar-se de exame de DNA, e, assim, acabou por propor uma ação de conhecimento, opção que a doutrina rechaça, sob o fundamento de que o instrumento adequado seria a Ação Rescisória.

Destarte, no julgado em apreço, foi amplamente discutida a possibilidade ou não de se atribuir à ação de conhecimento ajuizada os mesmos contornos e efeitos de uma Ação Rescisória, sendo que a conclusão afirmativa foi especialmente defendida pelo Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, em voto vista, buscando em nosso ordenamento solução adequada para a matéria dos autos, se observa (STF, 2011, p. 114):

Na ausência de previsão legal específica, que poderia operar a conciliação adequada entre o princípio da segurança jurídica e os direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica, impõe-se buscar, no sistema processual em vigor, o regime mais aproximado e também tendente à tutela da segurança quando em causa o ataque à coisa julgada material, adaptando-o, porém, à ponderação ora desenvolvida. Preservar-se-á, assim, a eficácia mínima necessária do princípio da segurança jurídica, prestigiando-se, igualmente, o princípio democrático, pela adaptação às peculiaridades desta hipótese *sui generis* com a disciplina processual já prevista em lei. O paralelo mais evidente a ser buscado, como é claro, é encontrado na ação rescisória (CPC, art. 485 e segs.). As regras especiais com que o legislador processual disciplina essa espécie de demanda têm em vista a sensibilidade de alguns valores fundamentais que sobrepujam a coisa julgada material, e cuja violação, por isso mesmo, não poderia ficar eternizada por conta do esgotamento das possibilidades recursais em um determinado processo. É assim, por exemplo, que, em um verdadeiro raciocínio ponderativo, explicitou o legislador que a coisa julgada poderia ser desfeita quando em pauta violações, por exemplo, à imparcialidade judicial (inc. I), à garantia do juiz natural (inc. II), à legalidade e à juridicidade (inc. V) ou ao direito à prova (inc. VII). Em todos esses casos o que fez o legislador

processual foi mitigar o valor constitucional da segurança jurídica em prol de outros princípios constitucionais contrapostos, e que, assim, obedecido o prazo decadencial de dois anos, poderiam operar a desconstituição da coisa julgada material em caso de procedência do pedido.

No mesmo sentido manifestou-se o Exmo Ministro Marco Aurélio, quando afirma que haveria a possibilidade do julgamento cair no vazio, caso não se emprestasse a demanda originária contornos de Ação Rescisória para que se pudesse excluir “do mundo jurídico o pronunciamento judicial como um todo”³.

Quanto à formação da coisa julgada manifestou-se o Exmo. Relator, citando Belmiro Pedro Welter, no sentido de que a insuficiência da prova produzida na ação originária, ou melhor, que ante a ausência de realização do exame de DNA, se inviabilizou a formação de um juízo de certeza, o que deveria ter por consequência lógica a extinção da demanda sem análise do seu mérito nos termos do art. 267, IV, CPC e a prolação de sentença terminativa, e afirma (2011, p. 39):

É por isso que parece correto afirmar que, quando a demanda anterior foi julgada improcedente, por falta de provas quanto à realidade do vínculo paterno-filial que se pretendia ver reconhecido, a verdade biológica não foi alcançada e, por isso, nova demanda pode ser intentada, para que, com auxílio de provas técnicas de alta precisão, tal verdade possa, enfim, ser estabelecida, em respeito à dignidade da pessoa humana desse ser que não tem tal vínculo determinado, m sua certidão de nascimento, direito personalíssimo esse cujo exercício nossa vigente Magna Carta lhe assegura, de forma incondicionada.

Por esta afirmação se pode concluir que o Exmo Ministro Dias Toffoli optou, na fundamentação do relatório, por acatar corrente doutrinária que afirma que a formação da coisa julgada vai depender do exaurimento da produção de prova, seguindo o limite objetivo *secundum eventum probationes*.

No entanto, há de se mencionar que o Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, fez consignar (2011, pp. 59, 69 e 83) que discordava da afirmação de que não haveria a formação de coisa julgada quando houvesse carência de prova, dizendo que

Não existe, no Direito brasileiro, sentença de carência de prova, só a da ação popular e alguns outros diplomas especiais. Então essa decisão fez coisa julgada material, e vai se tratar exatamente da relativização da coisa julgada material com esta especificidade: ausência de meios para subvencionar a prova.

³ É de se mencionar que o eminente Ministro votou de maneira contrária ao relator, pelo desprovimento do recurso, colocando acima de qualquer outro valor, a segurança jurídica. (2011, p.148-152).

Desta feita, resta claro que quanto à formação da coisa julgada, a depender do resultado da prova produzida, não existe unanimidade, nem na doutrina, como demonstramos, e nem na corte Suprema.

Interessante mencionar, que foi utilizado ainda, como fundamento da decisão, a ponderação entre o direito fundamental à filiação (art. 227, caput e § 6º, CRFB) e de outro lado o da garantia da coisa julgada material (art. 5º, XXXVI) e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput), havendo prevalência daquele em detrimento destes.

Em relação ao juízo de ponderação, tal como citamos anteriormente nas lições de Marinoni (2008, p. 179), o Excelentíssimo Ministro Cezar Peluso, em seu voto vista, discordando do relator, e citando López Oñate, afirma que a “eticidade do Direito não está na verdade jurídica, mas na segurança jurídica, porque só esta permite a fidelidade da ação em si mesma, ou seja, “que ninguém consegue viver dignamente sem certeza jurídica”. (2011, p. 153). Desta feita, pretendeu o ilustre Ministro que não fosse a garantia da coisa julgada ponderada em detrimento de qualquer outro direito fundamental, tendo, portanto, se manifestado pelo desprovimento do recurso.

De certo, tanto a doutrina como a jurisprudência, em determinadas ocasiões se mostram contrárias à realização de Juízo de ponderação e, nesse contexto, Roberto Gargarella (1997, p. 59), indo de encontro ao controle judicial das leis, desenvolve o que chama de “argumento sobre a interpretação” afirmando que os juízes fazem muito mais que uma mera leitura da Constituição, inclusive, desenvolvem soluções normativas que não estão incorporadas no texto da Constituição e:

Obviamente, en este tipo de casos, una defensa como la de Hamilton-Marshall resulta resentida: no puede decirsenos, entonces, que los jueces “simplesmente” nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en El texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: La de reemplazar a los legisladores – a voluntad ciudadana, en general – en La resolución de cuestiones fundamentales. (1997, p.59-60).

O que se tem é a concentração nas mãos dos juízes de grande poder decisório, o que, ao nosso ver, não se mostrou adequado ou necessário no Recurso Extraordinário que analisamos, vez que, há soluções que permitem desconstituir a coisa julgada, sem a necessidade de utilização de Juízo de ponderação, apenas adequando a legislação existente, como já foi dito.

Além de tudo, há de se observar que o voto do Relator não deixou de relevar a ausência de afetividade entre o Recorrente, autor da demanda originária, e o Recorrido (réu), limitando, a possibilidade de protocolização de demandas buscando, por exemplo, a negativa de paternidade, fundadas no mesmo argumento jurídico, qual seja, o direito fundamental à informação genética em detrimento à manutenção da coisa julgada e a afetividade. Posto que, mesmo havendo exame pericial em sentido contrário, em reiteradas vezes, manifestam-se os tribunais no sentido de negar procedência a Ação Negativa de Paternidade, já que, o esvair de anos, muitas vezes, é capaz de criar solidez quanto ao estado familiar e, por fim, dar condições para fortalecimento do afeto, se resguardando, portanto, os laços sócio-afetivos em detrimento da verdade quanto à origem genética. O que está em consonância com a mais moderna doutrina em Direito de Família, veja-se, neste ponto a doutrina:

Priorizando-se os interesses da criança, o biologismo é contido quando se constata a posse do estado de filho diante do marido da mãe. Se coexistem a paternidade jurídica (estabelecida pela regra ‘pater is est’) e a paternidade afetiva, esta situação real e concreta em que se encontra o filho na família e na sociedade é barreira intransponível para que se introduza um questionamento nesta relação paterno-filial. A busca da verdade biológica, obviamente, tem de ter alguns limites, inclusive para garantir o que seja a mais útil para a criança, para o equilíbrio psicológico, sua paz, tranqüilidade – enfim, o que seja melhor para o seu bem, para a sua felicidade [...].(VELOSO, 1997, p. 214).

Desta feita, cuidadosamente, fez constar o ilustre relator as limitações havidas quando se considera a afetividade, inclusive fazendo constar que “ “a verdade do sangue” não deve ser dotada de caráter absoluto, a ser utilizada como resposta pronta e acabada para todos os litígios acerca de assunto tão delicado[...]” :

“Por outro lado, relações baseadas em caracteres não-biológicos, porque dotadas de conteúdo humano e afetivo, devem ser, via de regra, respeitadas e prestigiadas. Não de se enaltecer laços que já se firmaram entre seres que se amam e se respeitam, ainda que não exista liame biológico a vinculá-los”(2011, p. 42).

O entendimento, inclusive, possui consonância com recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo

na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido.”[...] (STJ, 2010).

Por fim, deve-se pontuar que houve a opção por atribuir repercussão geral à questão decidida no Recurso Extraordinário, o que influencia diretamente no juízo de admissibilidade de recursos que tenham por matéria a delimitada na repercussão geral.

Assim, é de se notar, que a superação da coisa julgada, ante a possibilidade de realização de exame pericial visando a produção de prova quanto a filiação, não é o único aspecto a ser analisado nas questões de natureza familiar, notadamente porque, a filiação, no Direito de Família, é cercada de valor que teria o condão de superar algumas limitações processuais. Tanto o é, que Wambier e Medina (2003, p.183), afirmam, de maneira sábia que “A questão da filiação e de sua investigação, contudo, é tema dos mais complexos, que ultrapassa os limites de uma análise puramente técnico-jurídica, envolvendo aspectos éticos, morais e psicológicos”. Desta feita, aí está a importância e dificuldade em se alcançar entendimento pacífico quando a situação jurídica para além de aspectos processuais requer, ainda, análise valorativa.

4. CONCLUSÃO.

Como vimos, a desconstituição da coisa julgada, que não é mecanismo inovador, vem sendo amplamente discutida, seja na doutrina como na jurisprudência pátrias. A matéria, em relação à investigação de paternidade e a não realização de exame DNA chegou às portas do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, desconstituiu a coisa julgada admitindo a colisão entre segurança jurídica e outros princípios fundamentais, no caso, o direito à descoberta da origem genética. No entanto, observa-se que a decisão pode, em seus fundamentos, ser amplamente combatida, especialmente porque, não privilegiou mecanismos já previstos em nosso ordenamento, criando precedente que, inclusive, poderá justificar impugnações em situações diversas, por exemplo, o não esgotamento da matéria de prova e a renovação de ação com o fim de suplantar decisão anterior. Melhor seria, entendemos, pelos fundamentos que já foram expostos, se adequar os mecanismos processuais que já temos à

disposição, por exemplo, com reformulação em futura reforma inserindo entre as hipóteses de cabimento de Ação Rescisória a descoberta de prova científica nova, do que se socorrer ou se criar regras de ponderação de princípios.

Por certo, o tema do presente artigo merece ser aprofundado, especialmente para que se possam criar soluções que visem privilegiar normas existentes em nosso ordenamento processual em detrimento do ativismo judicial amplamente verificado em nossa Corte Suprema.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **Coisa julgada inconstitucional**: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 363889-DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2 de junho de 2011. DJe-238, publicado em 16 de dezembro 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 1000356-SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, publicado em. 25 de maio de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed.rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2007. v. 2

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 7ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.v.4.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. Isonomía: *Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº. 6, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)contitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil:** teoria geral, premissas e institutos fundamentais. 5.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.