

TESE 68

COISA JULGADA E DNA

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça - Minas Gerais¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. COLOCAÇÃO DO TEMA E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL A SEU RESPEITO. 3. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O título ora proposto sugere, de antemão, tratar-se de assunto por demais atual e da maior relevância jurídica e social e, por essa razão, vem despertando muitas controvérsias.

Todavia, não podemos nos sentir intimidados diante do novo, ou em face das questões complexas e polêmicas. O direito é criação humana, estando, pois, em constante mutação. Isto explica, a nosso ver, o pensamento de que a lei deva ser interpretada em perspectiva, ao invés da interpretação em retrospectiva, parafraseando aqui o eminente professor José Carlos Barbosa Moreira.

A propósito, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em perfeita sintonia com a modernidade e com os anseios da Nação brasileira, já proclamou que "O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se." (Recuso especial nº 4.987 - RJ. Em RSTJ 26:378).

2. COLOCAÇÃO DO TEMA E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL A SEU RESPEITO

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

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

¹ Tese escrita em Araguari, 1º de março de 1999.

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

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, ao admitir a ação negatória da paternidade para invalidar a filiação constante do assento de nascimento, afirmou com ênfase o direito do autor à produção das provas imprescindíveis à boa realização da justiça (RSTJ 26:378). No mesmo acórdão, houve a citação explícita e elogiosa das lições do grande professor Osmar Brina, Subprocurador-Geral da República, de quem tivemos a honra de ser aluno na Universidade Federal de Minas Gerais. Entre outras coisas, Sua Excelência ressaltou o seguinte:

"Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos, reconhecidos pelo direito natural, implícitos no ordenamento jurídico..."

"A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227)."

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

"A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. E esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de outra farsa." (Estas são palavras do professor Osmar Brina, no acórdão citado).

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

É certo que a coisa julgada constitui garantia proveniente do texto constitucional. Porém, nenhuma franquia constitucional ou direito são absolutos, de acordo com o que têm reconhecido a doutrina e os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Por exemplo: a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) cede à prisão em flagrante delito, a qual independe de horário e de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (art. 5º, XII, CF) sucumbem ao interesse superior da sociedade, à vista da "teoria da proporcionalidade" proveniente do direito germânico.² Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a "segurança das relações jurídicas" não pode sobrelevar-se à proteção da "dignidade da pessoa humana" e à salvaguarda da "paternidade responsável" (art. 226, § 7º, da CF).

Além disso, é preciso que se compreenda com exatidão o motivo tangível da proteção institucional da coisa julgada. Tal defesa visa a que "o direito se incorpore ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial." (Apud Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 84). Logicamente então a filiação ilegítima jamais poderá constituir-se em direito a ser protegido pela imutabilidade da decisão judicial, sobretudo porque a própria

² AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: RT, 1995, p. 53. Apud Alexandre de Moraes, em "Direito Constitucional." São Paulo: Atlas, 1997, p. 103.

Constituição Federal privilegia a tutela jurisdicional da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Dai que o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 13/07/1990 estatui de forma explícita:

"O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." (Sem destaques no original).

A preocupação do legislador com a filiação legítima é tão acentuada a ponto de ser autorizado claramente que, provando-se o erro ou a falsidade do assento, a pessoa possa vindicar estado contrário ao do que resulta do registro de nascimento (art. 348 do Cód. Civil).

A par disso, encontra-se estatuído no artigo 349 do Código Civil que, no caso de defeito do termo de nascimento, a filiação legítima poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito. A realização superveniente da perícia do DNA (exame do ácido desoxirribonucleico) induziria as veementes presunções, de que cuida o inciso II do artigo de lei citado.

Vê-se, pois, que o importante é a existência do defeito no termo de nascimento, pouco importando que a origem da imperfeição tenha sede na sentença judicial ou na declaração dos interessados. Por isso, o reconhecimento do estado de filiação – diga-se de passagem, filiação legítima – é indisponível e imprescritível (art. 27 da Lei nº 8.069/90).

De mais a mais, ainda que se defenda a produção dos efeitos da coisa julgada na hipótese, a tese ora esposada afigura-se subsistente, tendo em vista o disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual a "sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros." (Grifamos).

Nota-se que, para aqueles que invocam o império da coisa julgada, caberá ao terceiro prejudicado pleitear a "anulação" ou a "reforma" do assento. Neste rol, incluem-se os filhos cuja paternidade esteja sendo objeto de refutação, bem como qualquer parente do suposto pai que possa sentir-se prejudicado pela concorrência, na herança, de sucessor ilegítimo. No que respeita aos filhos menores, o legítimo interesse deles fundar-se-á na circunstância de que a sua subsistência ou a sua condição de vida sofram os reflexos da filiação ilegítima.

Por seu turno, o artigo 113 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015, de 31/12/1973 – declara solenemente que "As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento."

O assunto em tela já foi abordado com percuciência pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo atuado como relator o eminente Desembargador Lúcio Urbano. A ementa do acórdão vaza-se nos seguintes termos:

"PATERNIDADE – AÇÃO ANULATÓRIA DO REGISTRO POR ERRO OU FALSIDADE – AVÓ PATERNA – LEGITIMATIO AD CAUSAM – VÍNCULO GENÉTICO – DIREITOS DECORRENTES.

"- A avó paterna, colocada no registro do menor, reúne legitimidade para impugnar a validade do registro no tocante ser o menor seu neto e, assim, seu descendente, com todos os direitos daí decorrentes.

"- A prova genética pode excluir a possibilidade da paternidade e desse modo eliminar-se o erro pelo acerto." (JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, 114:168-172).

Do venerando acórdão em causa extraem-se, entre outras assertivas, as de que:

"Logo que o artigo 348 do CC experimentou alteração por força do Dec.-lei nº 5.860, de 30/9/1943, doutrinadores e Juízes passaram ao estudo do alcance da nova ordem legal.

"A redação primitiva do Código Civil cingia-se a estabelecer que 'ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento'.

"Ocorrido o registro, tornava-se intocável.

"(...) A alteração, com o acréscimo 'salvo provando-se erro ou falsidade do registro' advinda do Dec.-lei nº 5.860/43, veio justamente para licenciar o questionamento da declaração constante do assento e permitir a impugnação de inverdade nele constante, ali inserida por erro ou falsidade, com o salutar propósito de prevalecer a verdade sobre o falsum.

"(...) Não se aceita, no estágio atual da jurisprudência, a tese antes colocada. É que a lei não diz nem quis impor tais restrições, objetivando o legislador a prevalência sempre do verdadeiro sobre o falso.

"Ademais disso, convém observar que, na hora presente, a ciência genética caminhou muito, quase atingindo a perfectibilidade. Exemplo disso está nos próprios autos, o parecer emitido pelo Prof. Dr. A. J. B. C., que, se valendo do estado adiantado da genética, concluiu pela definitiva impossibilidade de serem os apelados filhos do filho da apelante.

"Com razão, afirmou o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, a propósito:

"O registro de nascimento constitui uma presunção juris, mas a favor do registrado. E a presunção de direito pode ser ilidida mediante provas plenas e liquidíssimas" (RT, 205/147)."

Ressalta-se que essa veneranda decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi prolatada no dia 06 de setembro de 1990, na Apelação Cível nº 83.134/1, da Comarca de Uberlândia.

Quanto à intitulação adequada da ação, existem discrepância entre os doutos: alguns falam em ação negatória da paternidade (por ilegitimidade da filiação); outros se referem à ação de exclusão da paternidade, dizendo ser impossível a anulação do registro de nascimento, ao passo que o colendo Superior Tribunal de Justiça assevera tratar-se de "ação declaratória de inexistência de filiação legítima." O ilustre Desembargador Lúcio Urbano, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotou a nomenclatura mais adequada, a nosso ver, ao denominar tal ação de "anulatória do registro por erro ou falsidade." Ela se coaduna com as disposições do artigo 113 da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73. A anulação do assento será apenas no aspecto da filiação ilegítima, após a produção de provas plenas e conclusivas do defeito ou da falsidade do registro de nascimento.

Nesse caso, a ação poderá ser proposta por qualquer interessado, a saber, pelos avós, pelo menor ou pelo seu suposto pai, etc. Ela não se confunde com a ação negatória da paternidade, de que cuidam os artigos 338 e 339 do Código Civil: esta privativa do marido/pai e sujeita a prazo decadencial. Vejamos:

"Registro civil. Paternidade. Falsidade.

"A anulação do registro, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse econômico ou moral. Não incidência do disposto na segunda parte do artigo 362 do Código Civil.

"Legitimidade de quem pretende o reconhecimento de que é o verdadeiro pai."

Recurso Especial nº 66.691 - RJ

Rel. Min. Eduardo Ribeiro

Ementas de Decisões do Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça da União de 23 de junho de 1997, pág. 29.029 a 29.262 - "Minas Gerais" de quinta-feira, 3 de julho de 1997 - Diário do Judiciário - Caderno II - Pág. 1

No que respeita à legitimação passiva, é intuitivo que a ação deva ser proposta contra quem venha a sofrer diretamente os efeitos da decisão judicial, ou seja, se proposta pelo pai, o réu será o filho; e, se houver o pedido cumulativo de que seja declarado como pai outra pessoa, esta também deverá figurar no pólo passivo da relação processual (cf. art. 365 do Cód. Civil).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem decidido que:

"Ação negatória de paternidade - Investigatória de paternidade - Cumulação - Possibilidade - Exame hematológico - DNA - Realização - Imposição pela Justiça - Impossibilidade.

"- É possível a cumulação da ação negatória de paternidade (contra o pai da certidão) e a da investigatória de paternidade (contra o pretenso pai biológico), estando esta cumulação também, ou não, de petição de herança, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

"- Os exames hematológicos e o DNA não podem ser impostos pela Justiça. É facultado à parte requerê-los e ao "ex adverso" consenti-los. Por isto, o pedido cautelar de antecipação de provas, buscando realizá-los, não é cabível, ainda que em pessoa falecida, ante a impossibilidade da força coativa ou coercitiva por parte da Justiça para determinar a realização dos mesmos."

Apelação Cível nº 26.909/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Francisco Figueiredo - "Jurisprudência Mineira" de 27.11.96 - "Minas Gerais" de quinta-feira, 28 de novembro de 1996 - Parte II - Pág. 1.

Finalizando a nossa exposição, temos a reafirmar que o procedimento adequado para a anulação parcial do registro haverá de ser o contencioso (art. 113 da Lei nº 6.015/73).

3. CONCLUSÃO

A prova superveniente, resultante da engenharia genética (perícia do DNA), é apta a viabilizar o ajuizamento de ação anulatória do assento de nascimento para a exclusão de filiação ilegítima. Tal ação estribar-se-á nas disposições do artigo 348 do Código Civil e do artigo 113 da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73 -, sendo irrelevante que o erro tenha decorrido da declaração dos interessados ou de sentença judicial com trânsito em julgado e não mais passível de ação rescisória. Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a "segurança das relações jurídicas" não pode sobrelevar-se à proteção da "dignidade da pessoa humana" e à salvaguarda da "paternidade responsável" (art. 226, § 7º, da CF).