

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).

**Humberto Theodoro
Júnior**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

SUMÁRIO:

1. Introdução; **2.** Confiteor; **3.** A crescente valorização do princípio da verdade real; **4.** A função do juiz no comando do processo; **5.** O ônus da prova; **6.** Ônus da prova nas ações do Código de Defesa do Consumidor; **7.** Provas ilícitas - Interceptações telefônicas e gravações magnéticas de comunicação recebida; **8.** Perícia genética nas ações relativas à paternidade; **9.** Conclusões.

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).

1 - INTRODUÇÃO

Os processos judiciais não se formam visando proclamação de teses acadêmicas de direito. Só existem para tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas. São, pois, os direitos subjetivos a matéria prima com que laboram os tribunais e estes direitos, por sua vez, nascem de **fatos** (*ex facto ius oritur*). Daí que cumpre aos magistrados conhecer sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio. E as provas são, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas.

A importância do instituto da prova judicial nunca é pouco ressaltada já que não se pode, evidentemente, fazer justiça sem dominar, com segurança, o quadro fático trazido à consideração do órgão judicante. BARBOSA MOREIRA, a propósito, dá o testemunho de sua fecunda experiência na magistratura, atestando que *“a imensa maioria dos litígios civis encontra solução, sobretudo, e muitas vezes exclusivamente, na apreciação de questões de fato, que nos chegam, como é óbvio, por intermédio da prova”*¹.

Sempre estimulantes são, por isso mesmo, os estudos da teoria da prova e de sua evolução. Aqui vamos nos ocupar de alguns aspectos de eminente atualidade, pelo que revelam os debates jurisprudenciais e doutrinários desse final de século, nesse terreno do saber jurídico. São eles os pertinentes aos poderes do juiz na iniciativa probatória diante da crescente valorização do princípio da verdade real, o ônus da prova e sua inversão nas ações dos consumidores, a prova obtida por meios ilícitos e a perícia genética nas ações de família.

Todos estes temas acham-se em fase de acesos debates e fácil é compreender que a seu respeito ainda não se estabeleceu o consenso. Nosso intuito, destarte, não é de dar-lhes solução, mas de contribuir para o prosseguimento do diálogo jurídico, mantendo-o aceso nas pesquisas dos doutos e dos que se interessam pelo aprimoramento

¹ “Os Poderes do Juiz” in *O Processo Civil Contemporâneo*, vários autores, Curitiba, Juruá, 1994, p. 93.

da tutela jurisdicional inspirada nos ideais do devido processo legal e do pleno acesso à justiça no seu mais puro e efetivo alcance.

2 - CONFITEOR

Quero começar esta exposição confessando que irei proceder à revisão de uma posição doutrinária que esposei e venho defendendo desde a primeira edição de meu manual de direito processual civil, fato ocorrido há mais de vinte anos. Trata-se do problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil brasileiro em cotejo com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e, particularmente, na instrução probatória.

Devo ressaltar, de início, que na década de cinqüenta, quando percorria a senda da formação universitária, as preocupações com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei. O natural e desejável era o juiz neutro, imparcial, eqüidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu.

Sob a dominação dessa postura antiga e arraigada, inspirada em acentuado critério dispositivo, o comportamento do magistrado era retratado na máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium*. Ou seja, o juiz devia julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tivesse sido postulada pelas partes.

Na segunda metade de nosso século, porém, a doutrina processual em todo o mundo começou a reclamar por uma urgente e profunda mudança de rumos, para compatibilizar-se com o moderno estado democrático e social implantado e desenvolvido após a segunda guerra mundial. Notável, entre outros, foi o trabalho desempenhado por MAURO CAPPELLETTI para reclamar uma correção de objetivos e métodos do processo civil, da qual resultaram as concepções de instrumentalidade e efetividade, princípios de que não mais poderiam prescindir os estudos processuais contemporâneos.

A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de **acesso à justiça**. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados

práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.

O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do **processo justo**. Esse tipo de processo comprometido com desígnios sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.

O moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve, a feição dispositiva, diante da postura de inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração *ex officio* de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (CPC, arts. 2º, 128 e 460).

Mas, como a garantia de acesso à justiça (essência da nova concepção política e social do processo) não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais, e reclama “o acesso à ordem jurídica justa”², o direito positivo teve de reforçar os poderes do juiz na condução da causa, tanto na vigilância para que seu desenvolvimento fosse procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio.

Daí a dupla previsão do CPC de que: a) “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 262); e b) “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo” (art.130).

Apegada a tradições do processo dispositivo, cuja predominância a lei conservou na iniciativa do processo e na determinação de seu objeto, uma grande parte da doutrina insistiu em

² ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Acesso à Justiça no Ano 2.000”, in *O Processo Civil Contemporâneo*, vários autores, Curitiba, Juruá Ed., 1994, p. 40.

interpretar de maneira restritiva o poder de iniciativa do juiz em termos de instrução probatória.

Mesmo diante do enunciado claro do art. 130 do CPC, entendia-se que sobre ele prevalecia a força do poder de dispor da parte sobre o processo e seu objeto e que o juiz, antes de usar a iniciativa (considerada “excepcional”) prevista naquele dispositivo legal, deveria se orientar pelas regras do ônus da prova, evitando suprir inércia probatória do litigante por atividade oficial de busca de elementos de cognição não requeridos nem produzidos a seu tempo por quem tinha o respectivo encargo probatório.

Mantinha-se, por essa exegese limitativa, o antigo e clássico princípio dispositivo, segundo o qual “*o juiz deve julgar a causa com base nos fatos **alegados e provados** pelas partes*”, apenas, para não desequilibrar, no dizer de ARRUDA ALVIM, o tratamento igualitário devido a ambos os litigantes (art. 125, I, do CPC).

Esse posicionamento encontrava apoio na lição de autoridades da doutrina nacional e estrangeira³.

Para AMARAL SANTOS, por exemplo, o poder do juiz, nesse terreno, não era o de suprir a inatividade da parte interessada, se a matéria não era de ordem pública: “*se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para outro; nunca para completar a prova no sentido de fazer pesar a balança para um lado ou para outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça*”⁴.

O entendimento que doutrinariamente adotamos, e que hoje pretendemos rever, era nessa mesma linha:

³ EDUARDO COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1974, n°s 136 e 138, p. 217 e 219; AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, 4ª Ed., São Paulo, Max Limonad, 1970, v. I, n° 235, p. 336; ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Ed. RT, 1979, vol. V, p. 215/116.

⁴ Ob. cit., loc. cit..

“O poder de iniciativa do juiz, quando sentir-se realmente em dúvida quanto à justiça da decisão a proferir, há de ser instrumento apenas para afastá-lo da perplexidade diante das provas incompletas ou lacunosas...

O juiz cível, em conclusão, não deve se transformar num inquisidor, sob pena de eliminar o princípio indispensável da **imparcialidade**. O convencimento do juiz ordinariamente, para o bom desempenho da função jurisdicional, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida pelas partes no processo. E só excepcionalmente lhe tocará fazer uso do poder de iniciativa de produção de provas”⁵.

Devemos reconhecer que essas restrições são exageradas e não merecem prevalecer, pelo menos em toda extensão, no estágio atual do direito processual civil. É o que tentaremos demonstrar a seguir.

3 - A CRESCENTE VALORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

Durante muitos séculos o processo foi visto como um jogo em que as partes eram os protagonistas e o juiz o expectador. Dentro desse torneio a vitória caberia àquele que, segundo a observação do juiz, tivesse apresentado a melhor prova. E a qualificação dos valores atribuídos os meios probatórios era totalmente aleatória e preconceituosa. Consagrava uma tarifação que nada tinha de lógico e se recobria de superstições e outros critérios instituídos à base de privilégios hoje intoleráveis e inadmissíveis.

O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma verdade puramente formal, o que, como é óbvio, impregnava o julgamento de alta dose de injustiça, na grande maioria das demandas.

Do Século XVIII até o atual, principalmente depois da vitória da razão e do iluminismo na Revolução Francesa, a atividade judicante alterou completamente seus objetivos. A disputa entre os litigantes passou a ser um debate lógico e o juiz se tornou um participante ativo na evolução

⁵ Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, v. I, 28ª ed., 1999, nº 420, p. 422/423.

do processo, de modo a formar seu julgamento à base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos.

À verdade formal sucedeu a verdade real ou material, como escopo do processo e como fundamento da sentença. Aboliram-se as tarifações de provas por lei e o conceito jurídico de prova passou a ser o de **elemento de convicção**. Se o magistrado não se convencer diante do meio probatório produzido, prova não teria havido. Prova realmente só ocorreria quando fosse o juiz conduzido ao verdadeiro convencimento acerca do fato alegado.

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.

4 - A FUNÇÃO DO JUIZ NO COMANDO DO PROCESSO

Tendo a ordem constitucional contemporânea conferido a todos o pleno e irrestrito acesso à justiça, teve de instrumentalizar o processo com mecanismos que, efetivamente, pudessem assegurar, nos julgamentos judiciais, o efetivo “*acesso à ordem jurídica justa*”⁶. Corolário

⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., loc. cit..

dessa exaltação cívica da função jurisdicional foi o reforço da publicização do direito processual e dos poderes do juiz, cuja missão máxima se comprometeu com a efetiva implementação da tutela justa. A consecução da **justa pacificação** dos litígios assumiu, para o juiz, a natureza de um encargo fundamental e, por isso mesmo, de ordem pública.

Como a justiça da prestação jurisdicional se vincula ao compromisso do processo com a verdade real; e como a essa só se chega mediante a instrução probatória, tornou-se evidente e imperioso atribuir ao juiz o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar.

As velhas barreiras da imparcialidade e do ônus da prova tiveram de ser reavaliadas a fim de que os novos valores de ordem pública inspiradores do processo justo pudessem ocupar seu lugar de incontestada proeminência.

Afastaram-se os falsos preconceitos relacionados com a preservação da neutralidade do juiz e quebrou-se o anacrônico monopólio das partes sobre a iniciativa das provas.

A preservação da imparcialidade do juiz com efeito exige sua permanência longe da iniciativa de instaurar o processo e definir o seu objeto, circunstância que ninguém discute ou põe em dúvida nos países democráticos de cultura romanística. O princípio dispositivo deve realmente prevalecer no debate da lide. Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico e de dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nos aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência da exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria.

A postura conservadora que praticamente anula à iniciativa do juiz no domínio da prova parte de uma visão equivocada que não distingue entre **meio de prova** e **prova** propriamente dita. Vê na decisão de ordenar a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a uma parte predeterminada.

Quando se ordena a oitiva de certa testemunha, a requisição de algum documento público ou privado, a coleta de um depoimento pessoal, a vistoria ou inspeção de algum objeto, ou a perícia sobre um

documento ou uma coisa, nada pode de antemão assegurar que o convencimento final sobre o quadro fático virá favorecer a esta ou àquela parte.

Uma coisa é o aspecto instrumental da prova - o meio jurídico de busca da verdade -, outra muito diversa é o seu conteúdo subjetivo, qual seja, o convencimento gerado no destinatário da prova. Assim, enquanto se pesquisam os fatos, joga-se com simples instrumentos que podem ou não alcançar a produção dos efeitos desejados em torno da verdade. Somente afinal, depois de exaurida a atividade instrutória do processo, é que se terá condição de definir se realmente se alcançou, ou não, a prova do fato controvertido.

O juiz, portanto, enquanto determina a produção dos elementos probatórios não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio.

Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio.

O juiz, como observa BARBOSA MOREIRA, quando toma a iniciativa de certa prova não realiza, em substituição, aquilo que a parte caberia promover. E explica:

“Ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua”⁷.

A iniciativa da prova, para o grande processualista, “*em nada compromete a imparcialidade do juiz*”, pois:

“Ele não está fazendo as vezes de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio - é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa”⁸.

⁷ “Os Poderes do Juiz”, *in* *Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 95.

⁸ BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 95.

O que viola o princípio dispositivo e afronta o sistema do CPC é a introdução, no debate processual, por iniciativa do juiz, de fato jurídico novo, diverso do que a parte invocou como causa de pedir ou de excepcionar. O pedido e a *causa petendi* são limites intransponíveis pela jurisdição (arts. 128 e 460). A livre pesquisa do fato jurídico configurador da *causa petendi* delineada pela parte é, porém, atividade própria e normal do juiz, a quem se atribui o encargo de apreciar e julgar, com justiça, a *res in iudicio deducta*.

O art. 130 do CPC, ao conferir ao juiz a iniciativa da determinação de provas necessárias à instrução do processo denota opção do legislador oposta ao princípio dispositivo, ou seja, na busca da verdade real o que prevalece é o impulso oficial guiado pelo “princípio da investigação” (de natureza inquisitiva).

“Não se cuida, por óbvio - como adverte ANTÔNIO JANRYR DALL’AGNOL JÚNIOR - “de um sistema inquisitorial puro, mas do acolhimento de regras que concitam o magistrado a um papel ativo no processo, independentemente da exigência de imparcialidade, resguardada por outros princípios, como o do contraditório, o da publicidade dos atos processuais e o da motivação dos provimentos judiciais”⁹.

Na visão moderna, social e política, do processo civil, a iniciativa do juiz, em matéria de prova, se insere na idéia ampla de **assistência jurídica** aos litigantes que recorrem ao Poder Judiciário. A antiga noção de **assistência judiciária** aos economicamente desvalidos foi substituída pela nova garantia de **assistência jurídica** a qualquer tipo de necessitado, de maneira que, para tal fim, “*são necessitados não apenas os hipossuficientes econômicos, mas também os hipossuficientes jurídicos*”¹⁰.

Dentro dessa ótica, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer **ausente** da pesquisa da verdade real. Como ensina FRITZ BAUR, “*antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes*”. Essa **ativização** do juiz - na lição do notável processualista tedesco - visa não apenas a **propiciar** a rápida solução do

⁹ “Poderes do Juiz”, in *O Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 92.

¹⁰ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., p. 40.

litígio e o encontro da **verdade real**, mas também a prestar às partes uma “assistência judicial”. Isto porque *“não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”*¹¹.

5 - O ÔNUS DA PROVA

Para a doutrina clássica, as regras legais sobre ônus da prova seriam limite sério à iniciativa da prova pelo juiz, principalmente nos litígios em torno de direitos materiais disponíveis. O argumento se fundava no efeito do descumprimento do encargo probatório que selaria o insucesso da causa para quem o praticasse.

De fato, no sistema do processo civil o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente¹².

Dentro desse enfoque, o ônus da prova vem a ser a **necessidade de provar para vencer a causa**, no dizer de KISCH¹³.

O *onus probandi*, todavia, não se deve aplicar como regra pertinente a iniciativa da prova, porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder, de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130). Assim, fica claro que as regras sobre ônus da prova (art. 333) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda instrução probatória já se concluiu. Aí, sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários à acolhida de sua pretensão, sofrerá a sucumbência inevitável.

Antes disso, porém, isto é, durante o estágio da apuração da verdade, o juiz não é, nem pode ser mero expectador, de sorte que lhe

¹¹ FRITZ BAUR, “Transformações do Processo Civil em Nosso Tempo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. VII, p. 58/59. Afirmada com essa orientação está a jurisprudência moderna: “sendo a prova pericial imprescindível, cabe ao juiz, de ofício, determinar a sua realização, e não julgar o pedido improcedente por ausência de prova técnica” (STJ, 1ª T., REsp 186.854/PE, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, ac. 14.12.98, DJU 05.04.99, p. 86).

¹² HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Curso”, cit., I, nº 421, p. 423.

¹³ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, v. II, nº 457, p. 187.

cabe, com ou sem requerimento da parte, determinar as provas necessárias à formação de seu próprio convencimento.

Quando, finalmente, os elementos de prova não são produzidos ou se apresentam despido da indispensável força de convicção, aí, sim, terá o magistrado de se guiar pelas regras formais do ônus da prova, para decidir contra a parte a quem a lei impunha dito encargo. Em suma: o art. 333 do CPC contém norma de julgar a causa e não regra de instrução probatória ¹⁴.

Em síntese, no processo civil contemporâneo não vigora mais, em tema de prova, o princípio dispositivo, segundo o qual cabia ao juiz julgar a causa conforme o **alegado** e **provado** pelas partes. O que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o **alegado** pelas partes e a **prova disponível**, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (CPC, arts. 130 e 131).

6 - ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O mecanismo do ônus da prova previsto pelo art. 333 do CPC foi grandemente alterado pela legislação relativa aos direitos do consumidor. É que pelo art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é o juiz autorizado a proceder à inversão do ônus da prova, deslocando-o do destinatário final de bens e serviços para o respectivo fornecedor, quando na direção do processo verificar a “verosimilhança” da alegação ou a “hipossuficiência” do consumidor.

Na técnica do CPC, cabe ao autor o ônus de provar “*o fato constitutivo de seu direito*”; e ao réu, o de provar o fato invocado em defesa indireta, ou seja, o “*fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*” (art. 333, nºs I e II). O benefício do CDC consiste em poder o juiz liberar o consumidor do ônus da prova, tanto quando autor como quando réu. Destarte, verificando a ocorrência de uma das situações do art. 6º, nº VIII, do CDC, o juiz lhe conferirá a vantagem de não precisar de provar o fato alegado, do que surgirá para o fornecedor, em contrapartida, o ônus de provar que dito fato não aconteceu.

¹⁴ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 81; HÉLIO MÁRCIO CAMPO, *O Princípio dispositivo em Direito Probatório*, Porto Alegre, Liv. do Advogado Editora, 1994, nº 2.1.1, p. 30/31.

No referido art. 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. Em outras hipóteses, o CDC realmente inverteu *ipso iure* o ônus da prova: em relação, v. g., aos **defeitos** de produtos (art. 12, § 3º, nº II) e de **serviços** (art. 14, § 3º, nº I), a lei protetiva do consumidor simplesmente estabeleceu a **presunção do vício**. Aí, sim, pode-se falar em **inversão legal** do ônus da prova. O mesmo, porém, não se passa com a situação disciplinada genericamente pelo art. 6º, nº VIII, onde a previsão da lei é de um poder confiado ao juiz para promover a inversão, se julgada cabível ^(*).

Há quem admita possa o juiz decretar a inversão do ônus da prova já no despacho da petição inicial, outros que a consideram realizável no momento de proferir a sentença. As duas posições me parecem extremadas e injustificáveis. Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter a prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6º, nº VIII, do CDC. No momento da sentença, a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória.

É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 333 do CPC em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se pleiteiam e se produzem os elementos de convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será a consequência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte. O sistema é claro e fixo no próprio texto da lei que rege o procedimento.

Quando, porém, a regra geral é uma e, a seu respeito, pode sobrevir inovação dependente de ato do juiz, torna-se evidente que tal regra inovadora

^(*) “Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor” (STJ, REsp nº 171.988/RS, 3ª T., Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, ac. 24.05.99, in DJU 28.06.99, p. 104).

somente poderá ser estabelecida em tempo útil à defesa do litigante destinatário do novo encargo de prova ¹⁵.

A não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios de segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio. Somente assegurando a cada litigante o conhecimento prévio de qual será o objeto da prova e a quem incumbirá o ônus de produzi-la é que se preservará “a *garantia constitucional da ampla defesa*” ¹⁶.

Na jurisprudência, o tema já foi enfrentado pelo TARS, com o seguinte acórdão: “Quando, a critério do juiz, configura-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de nulidade,, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão sem esta cautela, implicará em surpresa e cerceamento de defesa” ¹⁷.

Na mesma esteira, entende TERESA ARRUDA ALVIM que, se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo *onus probandi* ¹⁸.

Enfim, os efeitos da inversão do ônus da prova podem liberar o consumidor da prova pertinente ao nexos causal (no caso de responsabilidade **objetiva**) e da culpa (na hipótese de responsabilidade **subjéctiva**). Em caso algum, porém, aliviará o fornecedor do dever de provar o **dano** ou **prejuízo** a cuja reparação se endereça a demanda ¹⁹.

7 - PROVAS ILÍCITAS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES MAGNÉTICAS DE COMUNICAÇÃO RECEBIDA.

Entre as garantias fundamentais a Constituição inclui a vedação ao uso em processo de “provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inc. LVI). E entre estas o problema mais freqüente e complexo refere-se à

¹⁵ “Se o ônus da prova é uma regra do juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade” (ANTÔNIO GIDI, *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*, in *Gênese*, vol. 3, p. 587).

¹⁶ CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, “Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”, in *Doutrina*, Rio de Janeiro, ID - Instituto de Direito, 1996, v. I, p. 309; no mesmo sentido: TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, *Comentários ao Cód. do Consumidor*, Rio de Janeiro, AIDE, 3ª ed., 1991, p. 91.

¹⁷ Ap. 194.110.664, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, p. 114 e segs.

¹⁸ “Noções Gerais Sobre o Processo no Código do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10, p. 256.

¹⁹ CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 312/313.

tutela, também fundamental, à inviolabilidade do sigilo da correspondência e da intimidade (art. 5º, XII e X).

A vedação de provas obtidas por meio de escuta e gravação de comunicações telefônicas foi categoricamente proclamada pela Carta Magna, que somente a excepcionou para a investigação do processo criminal e mediante prévia autorização judicial. No cível, portanto, jamais se poderia utilizar, como prova lícita, a obtida por meio de interceptação telefônica.

De início, porém, cumpre distinguir entre gravação da mensagem feita pelo próprio destinatário e gravação promovida por terceiro na escuta de conversa telefônica entre outros interlocutores.

Jurisprudência e doutrina se inclinam pela tese de que “a conversa telefônica gravada por um dos protagonistas sem o conhecimento do outro é válida (como prova) pois não foi obtida ilicitamente”²⁰. Não se trata de “interceptação”, como é óbvio. É que o caso da gravação por aquele que recebe a mensagem não é diferente do uso de carta ou telegrama, meios de comunicação cujo sigilo igualmente se tutela pela garantia constitucional e que, no entanto, são utilizáveis como prova lícita, pelo CPC (arts. 374 e 376). O que, enfim, se proíbe é a **interceptação** clandestina, que só se opera quando ocorre a gravação não consentida da conversa telefônica alheia, nunca a da conversa própria, ainda que sem assentimento do interlocutor ²¹.

Mesmo no campo da interceptação da conversa alheia, notam-se, na doutrina e na jurisprudência, manifestações recentes que, com autoridade e veemência, preconizam o abrandamento do rigor com que, literalmente, se vedou esse tipo de gravação.

Parte-se da constatação de que entre os princípios de direito, inclusive os de ordem constitucional, é impossível evitar conflitos e que, não raro, instalam-se contraposições graves, a exigir do intérprete e aplicador da lei delicada operação para harmonizar os comandos principiológicos e definir o ponto de equilíbrio entre eles.

²⁰ NELSON NÉRY JÚNIOR, “Proibição da Prova Ilícita - Novas Tendências do Direito”, in *Doutrina*, Rio de Janeiro, ID - Instituto de Direito, vol. 4, 1997, p. 441; 2º TACivSP, Ag 209.028-2, RT 620/151; STF, RTJ, 122/47, 110/798, 84/609.

²¹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas”, in *Doutrina*, vol. 3, Rio, ID - Instituto de Direito, 1997, p. 22.

O princípio da inviolabilidade das comunicações não é o único dentro das garantias constitucionais e, seguramente, outros o superarão em situação de confronto, como, por exemplo, o que tutela o direito à vida, à liberdade e à honra. O próprio acesso à justiça e a garantia processual máxima do devido processo legal podem se inutilizar quando o juiz tiver de desprezar a prova ilícita para conscientemente proferir uma sentença injusta, por desamparar o direito subjetivo evidente e tutelar o seu violador incontestemente.

Em semelhantes conflitos, a melhor orientação jurídica é a que encara a vedação constitucional à quebra da inviolabilidade de comunicação com certa flexibilidade, conferindo ao juiz *“a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos”*. Conforme a lição de BARBOSA MOREIRA, deve-se orientar o magistrado sob inspiração do *“princípio da proporcionalidade”*, também defendido por NELSON NERY JÚNIOR, e, dessa maneira, poderá concluir que a transgressão *“se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte”*; e que se a parte se manteve nos limites determinados pela necessidade, ou se havia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares e, assim, se *“a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução processual”*. Em suma, por inspiração do princípio da proporcionalidade, deve o juiz *“averiguar se, dos dois males se terá escolhido realmente o menor”*²².

Entre os próprios constitucionalistas, há o reconhecimento, acerca da vedação às provas ilícitas, de que *“o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação”*²³.

Um precedente jurisprudencial importante foi constituído pelo Superior Tribunal de Justiça, no ac. de 05.03.96, da 6ª T., no H.C. nº 4.138, onde prevaleceu o entendimento flexível acerca da proibição constitucional às provas obtidas por meios ilícitos. Rejeitou-se no aresto, relatado pelo Min. ADHEMAR MACIEL, a defesa fundada na imprestabilidade de gravação de conversa telefônica, por escuta policial irregular, dentro do presídio onde o delinqüente se achava encarcerado. Alertou o voto do Relator para a **relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional**, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao “substrato ético”

²² BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas”, in *Ensaios Jurídicos*, v. 3, Niterói, IBAJ, 1997, p. 41.

²³ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 273.

que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos **limites razoáveis**.

BARBOSA MOREIRA, na análise do acórdão, conclui que o Relator sublinha, com razão, “*quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: “pode haver”, adverte, “do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido”*”²⁴.

É, sem dúvida, problema dos mais sérios o relacionado com a proscrição constitucional das provas obtidas por meios ilícitos. Por isso mesmo, não deve ser enfrentado apenas a partir de dogmatismos forjados pela exegese rigorosamente literal.

Assim, como aliás em todo o terreno dos princípios fundamentais, sempre presente e atuante tem de estar a força harmonizadora dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

8 - PERÍCIA GENÉTICA NAS AÇÕES RELATIVAS À PATERNIDADE

No sistema tradicional do direito de família, a que deu prestígio o Código Civil brasileiro, a relação de paternidade se definia por meio de presunção. O nascimento do filho durante a constância do matrimônio gerava a presunção da filiação legítima. Para a lei, *pater is est quem nuptias demonstrant*, ou seja, por meio de verdadeira “ficção” o marido era tido como pai dos filhos gerados pela esposa (Cód. Civil, art. 340). Quanto aos havidos fora do matrimônio, a paternidade ou decorria de reconhecimento voluntário do genitor, ou de sentença declaratória da ascendência biológica (Cód. Civil, arts. 355 e 364).

Também na determinação da paternidade ilegítima prevalecia o uso de provas indiretas e indiciárias, como o concubinato, a notícia de relações sexuais e o rapto (Cód. Civil, art. 363, I, II e III), já que o legislador de então não tinha acesso a outros meios positivos e técnicos de investigar os verdadeiros vínculos de parentesco.

Além disso, pela presunção *pater is est*, o conflito entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica se resolvia pela prevalência da paternidade “ficta” da lei.

²⁴ *Ensaio Jurídico*, cit., p. 46.

Dois fatores atuaram, nos últimos tempos, para destruir o sistema de ficção legal de paternidade:

- a) a eliminação, entre nós, da distinção entre tipos de filiação, graças a regra constitucional que assegurou tratamento jurídico igualitário para todos os filhos dentro e fora do casamento (CF de 1988, art. 227. § 6º); e
- b) a evolução dos meios científicos de apuração da verdadeira paternidade biológica, por meio de perícia genética.

Ao adotar a Constituição o sistema único de filiação, na verdade está garantindo a todos os filhos “o direito à paternidade”, de sorte que, passando esta a ser um direito assegurado constitucionalmente, não mais se tolera que “aqueles que biologicamente são filhos não sejam juridicamente considerados como tais”. Em outras palavras, “deve-se entender, portanto, que todas as espécies de filiação têm direito a ser reconhecidas”²⁵, mesmo as **adulterinas** e as **incestuosas**²⁶. O legislador ordinário, aliás, para eliminar qualquer dúvida a respeito da ampla investigação de todo e qualquer tipo de paternidade, revogou, por meio da Lei nº 7.841, de 01.10.89, o art. 358 do Código Civil, onde constava a velha regra que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

Nesse novo quadro social, jurídico e institucional, as presunções e ficções legais perderam prestígio, conforme tem reconhecido e proclamado a jurisprudência:

“Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor”²⁷.

Por outro lado, a liberdade de investigação se robusteceu com o auxílio das modernas técnicas laboratoriais de determinação genética do parentesco, de maneira que, em nossos dias, deixou de ter influência

²⁵ JULIE CRISTINE DELINSKI, *O Novo Direito da Filiação*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 25.

²⁶ HÉLIO BORGHI, “A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova constituição”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, fev. 1989, “Investigação de paternidade, alimentos, filiação e conseqüências da nova ordem constitucional”, *Repertório IOB*, cit., loc. cit.; JULIE CRISTINE DELINSKI, ob. cit., p. 25, nota 28.

²⁷ STJ, 4ª T., REsp 4.987/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU 28.10.91.

maior a simples ficção jurídica derivada de **presunções legais**, porquanto dispõem os tribunais de acesso científico à **verdade real** em torno da paternidade biológica.

Deixar, portanto, o juiz de usar a prova pericial de terminação científica da paternidade biológica pelos recursos da pesquisa genética do DNA, cujo percentual de certeza atinge a 99,99999%, equivale a desprezar o princípio da verdade real tão caro ao regime atual de tutela à filiação.

Se a ciência inventou métodos de investigação em matéria de perícia hematológica que podem, conduzir o juiz a uma convicção extremamente sólida, com probabilidade de mais de 99% de acerto, por que se contentar em julgar, nas ações relativas à paternidade, à luz de precários e vetustos meios indiciários de prova, quase sempre pouco concludentes? Responde BARBOSA MOREIRA: “Estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”²⁸. Urge que o magistrado na direção do

processo faça uso do poder de determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade, ainda que a parte não tenha sido diligente em requerê-las (CPC, art. 130). Se isto é um princípio acatado em todo o processo civil moderno, com muito maior razão haverá de ser respeitado nas ações onde a lide envolve questão de ordem pública.

Até mesmo em grau de recurso, o Tribunal pode e deve reabrir a instrução processual, quando prova necessária tenha sido omitida em primeira instância, mormente quando se trate, como no caso de paternidade, de disputa sobre direito indisponível, tutelado por preceito de ordem constitucional.

Quid iuris, se a decisão ofensiva a verdade real da filiação biológica transitar em julgado, sem que se tivesse esgotado a investigação probatória, por falta, sobretudo, da perícia genética do DNA?

Já houve decisões que negaram a capacidade de produzir coisa julgada à sentença que rejeitasse a investigatória de paternidade por **insuficiência de prova**. Isto permitiria a renovação da demanda

²⁸ in *O Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 95.

ensejando ao investigante produzir, em novo processo, a prova faltante no primeiro ^(*). Semelhante regime jurídico em princípio não é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, já que em diversos casos a lei prevê a chamada coisa julgada *secundum eventus litis* (ex.: ação popular rejeitada por insuficiência de prova e efeitos civis da sentença

^(*) TJGO, Ap. 48.900-6/188, Rel. Des. FELIPE BATISTA CORDEIRO, ac. 27.04.99, RJ, 261/84.

penal também por deficiência de prova, não impedem reabertura de demanda sobre os mesmos fatos jurídicos já antes apreciados em sentença passada em julgado). Também em doutrina, há quem considere a falta ou insuficiência de prova, nas ações da espécie, pela indisponibilidade e imprescritibilidade do direito em lide, como equivalente à ausência de pressuposto processual, de modo a impedir o julgamento de mérito e a determinar apenas a extinção do processo, sem produzir a coisa julgada material (art. 267, IV, do CPC)²⁹.

Acontece que esse tipo de subtração da sentença à autoridade de coisa julgada, no todo ou em parte, somente pode provir da lei e não da vontade criativa do intérprete ou do juiz. E não há regra alguma, no direito positivo pátrio, que exclua a sentença da ação de investigação de paternidade do regime geral da *res iudicata*³⁰.

Restaria, então, o recurso à ação rescisória, já que em nossa técnica processual civil, é o único caminho idôneo para atacar a sentença válida trânsita em julgado e, assim, propiciar novo julgamento da lide.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo chegou a admitir que se pudesse usar exame de DNA realizado após a sentença de investigação de paternidade, atribuindo-lhe a força de “documento novo”, para os fins do art. 485, inc. VII, do CPC. Baseou-se o acórdão na dificuldade de acesso e de compreensão da prova genética pela parte ao tempo da instrução da ação investigatória, assim como a inadmissibilidade de atribuir a alguém, “uma paternidade que na verdade não é sua”³¹, quando se dispõe de exame posterior ao julgamento com possibilidade técnica de 99,99999% de acerto.

²⁹ MARIA BERENICE DIAS, “Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material,” in Revista Brasileira de Direito de Família, vol. I, p. 20/21.

³⁰ Nesse sentido decidiu o TJDF ser juridicamente impossível a ação declaratória negativa a respeito de paternidade já anteriormente reconhecida em julgamento definitivo, visto que “somente pela via rescisória e nos casos indicados em lei, se pode desconstituir sentença trânsita em julgado” (Ap. 19.534/89-DF, ac. 20.09.89, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva). No mesmo sentido assentou o TJSP, a respeito do descabimento de ação ordinária de declaração de paternidade contra a que se decidiu em anterior ação investigatória, que: “Já não tem nenhuma ação processual para impugnar a paternidade, aquele que, por sentença transitada em julgado, foi reconhecido como pai, se deixou esvaír o prazo da ação rescisória” (Ap. 48.389-4, ac. 02.09.97, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva). Igual é o posicionamento do STJ: “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 CPC 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 é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 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 está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp nº 107.248/GO, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ac. 07.05.98, in DJU 29.06.98, p. 161).

³¹ AR nº 00930016447, ac. 01.02.95, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva.

Não há, *data venia*, como tratar um exame pericial posterior à coisa julgada como o documento novo de que cogita o inc. VII do art. 485 do CPC. A ação rescisória é remédio excepcionalíssimo e como tal somente pode ser utilmente manejada nos estritos limites dos permissivos legais.

Ora, o dispositivo legal em questão prevê a rescindibilidade quando “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”. Assim, não se baseia a lei na criação ou formação de documentos posteriores à sentença, mas na descoberta ou disponibilidade de documento antigo que poderia influir no julgamento como tivesse sido produzido no processo em tempo útil³².

Diante da indisponibilidade do direito à paternidade biológica, BELMIRO PEDRO WELTER defende, no caso de omissão da perícia de DNA na fase de instrução da investigatória, a ocorrência de violação à literal disposição do art. 130 do CPC, onde estaria inserto não só o poder, mas também o dever, do juiz de “determinar a produção de todas as provas”, inclusive a pericial (DNA). Enquanto, pois, não esgotada a instrução, não poderia haver o julgamento de mérito em torno de “direito natural, constitucional e indisponível de personalidade”. Onde, sua conclusão de, na espécie, ser cabível a ação rescisória com apoio no art. 485, inc. V, do CPC³³, quando a causa tiver sido decidida sem a promoção da perícia genética, ainda que não requerida pela parte.

De minha parte, penso que conforme as circunstâncias da ação primitiva, o posterior exame de DNA pode servir de meio para

³² Justamente na rejeição de ação rescisória de sentença de investigação de paternidade, o STF decidiu que “para os efeitos do inc. VII do art. 485 do CPC, por documento novo não se deve entender aquele que, só posteriormente à sentença, veio formar-se, mas o documento já constituído cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescidendo” (AR nº 1.063-9/PR, Pleno, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, ac. 28.04.94, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva, DJU 25.08.95).

³³ “Coisa Julgada na Investigação de Paternidade”, *Jornal Síntese*, nº 19, maio/98, p. 10. A tese encontra respaldo em precedentes do STJ, no qual se assentou que: “As regras contidas nos arts. 130 e 437 do CPC não conferem ao juiz poderes meramente discricionários. A determinação de novas diligências pode apresentar-se como impositiva conforme as circunstâncias da causa. Hipótese em que, além da natureza do direito em discussão, havia indícios não desprezíveis, a indicar a existência do vínculo de paternidade”(STJ, 3ª T., REsp nº 85.883/SP, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, ac. 16.04.98, DJU 03.08.98, p. 219). Dentro do mesmo princípio: “Sendo a prova pericial imprescindível, cabe ao juiz, de ofício, determinar a sua realização, e não, julgar o pedido improcedente por ausência de prova técnica”(STJ, 1ª T., REsp 186.854/PE, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, ac. 14.12.98, DJU 05.04.98, p. 86).

demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em **falsa prova**. De fato se os elementos de convicção do processo autorizavam a conclusão a que chegou o sentenciante e se, prova técnica posterior evidenciou, com certeza plena, que a verdade dos fatos era em sentido oposto, não é difícil afirmar o defeito do substrato probatório do julgamento rescindendo.

Não se procederá a um reexame dos meios de prova produzidos, mas apenas se demonstrará a impossibilidade de serem eles o retrato da verdade, já que pela superveniente prova genética jamais poderia subsistir a mentira biológica afirmada e chancelada pela coisa julgada.

Convém lembrar que o art. 485, inc. VI, autoriza a rescisão por falsidade de prova, podendo a apuração desta ocorrer no curso da própria ação rescisória, o que, em princípio, ensejaria o recurso à perícia de DNA como o caminho processual para se alcançar a convicção acerca do descompasso entre a prova originária e a verdade real e imutável decorrente do parentesco biológico.

Podem, à primeira vista, aparentarem novidades pouco ortodoxas tanto a tentativa de rescindir a sentença de paternidade por violação ao art. 130 do CPC como por uso de prova falsa. O certo, porém, é que a estrutura legal da rescisória foi construída em época na qual não existia a proteção constitucional ampla e irrestrita ao direito à paternidade biológica que hoje vigora.

Impõe-se, então, ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes anacrônicos, às necessidades do direito material de hoje, já que, reconhecidamente, o direito processual não é, um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos que emergem da ordem jurídica material.

Já assinalava CHIOVENDA nada haver de irracional no fato de a lei admitir impugnação da coisa julgada, porque a autoridade mesma da *res iudicata* não é sempre absoluta e necessária e só foi estabelecida por critérios de utilidade e oportunidade; de modo que estes mesmos propósitos podem, algumas vezes, aconselhar seu sacrifício para evitar o inconveniente e o dano maior que “**adviria da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta**”³⁴.

³⁴ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., 1936, vol. II, p. 570.

Não há terreno mais propício à configuração de intoleráveis injustiças que o das ações relativas à paternidade, posto que a consagração da mentira aqui ofende tanto à natureza das coisas como aos sentimentos mais profundos dos protagonistas que se batem por direitos inalienáveis, imprescritíveis e tutelados pela ordem maior do plano jurídico.

Aqui a voz que se ouve, no direito nacional e no estrangeiro, é a que noticia a abertura dos ordenamentos jurídicos em favor do critério da “verdade biológica” em detrimento daquele outro tradicionalmente comprometido apenas com a “verdade legal”, quebrando, com apoio no avanço da engenharia genética, o “injustificável fetichismo de normas ultrapassadas” e perniciosas à verdade real. Dentro desse moderno enfoque do direito de família, “em matéria de filiação, o direito ao reconhecimento do estado de filiação não conhece restrições”³⁵, nem deve ser anulado ou diminuído por preceitos inerentes à tutela genérica da coisa julgada.

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”³⁶.

9 - CONCLUSÕES

O progresso do direito processual civil, comandado pela meta política e social de dar à função jurisdicional o encargo de cumprir a garantia constitucional de acesso efetivo à justiça, exigiu do intérprete e aplicador das normas do processo a atenção necessária e compatível com o sentido de ordem pública predominante em tudo que diga respeito a composição dos litígios deduzidos em juízo.

A função do juiz, sem anular a dos litigantes, é cada vez mais valorizada pelo princípio inquisitivo, mormente no campo da investigação probatória e na persecução da verdade real.

³⁵ MARCO AURÉLIO S. VIANA, *Da Ação de Investigação de Paternidade*, Belo Horizonte, Del Dey, 1994, nº 31, p. 96.

³⁶ MOACIR LOBO DA COSTA, “Rescisória por Descoberta de Documento Novo”, in *Homenagens - Estudos de Direito Processual*, São Paulo, 1999, p. 64.

Se isto se compreende até mesmo no compromisso de justa composição dos litígios em torno de direitos disponíveis, torna-se mais imperioso e premente naquelas causas onde a indisponibilidade dos direitos em conflito não pode transigir com a indiferença do órgão julgante.

Rigores formais, historicamente justificados opor anseios rotineiros de segurança, não de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material se transformar no seu algoz, e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática.

Belo Horizonte, julho de 1999.

Humberto Theodoro Júnior

(in “Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, outubro-dezembro/99, Síntese Editora, p. 05/23)