

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
FACULDADE DE DIREITO

TACIANA CORTEZ SHIKATA

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Rio de Janeiro
2015

2015

TACIANA CORTEZ SHIKATA

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo
Domingues

Rio de Janeiro

2015

A Deus e aos meus pais e familiares.

À Unirio e seu corpo docente.

Obrigada

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo demonstrar o intuito das pesquisas a serem realizadas na área da coisa julgada material nas sentenças que versem sobre filiação. O texto buscará enfatizar o moderno exame pericial de DNA e seus reflexos no processo judicial de verificação da filiação. Há de se caminhar pelos campos da conceituação de coisa julgada no ordenamento jurídico e as correntes defesas pelos grandes doutrinadores, assim como da ação de investigação e seu histórico, para em conluente ocorrer o enlaçamento dos mesmos. O tema em questão é controverso, por isso relevante sua análise no cenário atual, onde um exame tão revolucionário, que é o DNA, vindo do campo da biologia genética, mexe no campo jurídico de forma tão positiva e enriquecedora, porém trazendo conflitos às Ações já encerradas, onde o mesmo não foi utilizado e era necessário para certeza, para a obtenção da verdade real. Por fim iremos verificar a tendência do atual legislador e julgador brasileiro sobre o tema e as recentes mudanças no pensamento jurídico, defeso pelo STF.

Palavras-chave: DNA. Paternidade. Filiação. Coisa julgada. Princípios. Ação de investigação de paternidade. Relativização.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to demonstrate the purpose of the research to be conducted in the area of res judicata in sentences that deal with membership. The text will seek to emphasize the modern forensic DNA testing and its consequences in the judicial process of verification of membership. One has to walk through the fields conception of thing judged in the legal system and current defenses by great scholars, as well as research and its historical action to occur in those who finished the bonding thereof. The subject matter is controversial, so relevant examination in the present scenario, where as revolutionary examination, which is the DNA coming from genetic biology field, moves in the legal field as positive and enriching way, but bringing conflicts to Shares already closed, where it was not used and it was necessary to make sure, for obtaining the real truth. Finally we will check the trend of the current legislature and Brazilian judge on the issue and the recent changes in legal thinking, closed by the Supreme Court.

Keywords: DNA. Paternity. Affiliation. Res judicata. Principles. Paternity action. Relativization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I	
COISA JULGADA	9
1.1 Noções preliminares	9
1.2 Conceito e Natureza Jurídica	10
1.3 Fundamentação	13
1.4 Coisa julgada formal e coisa julgada material.....	13
1.5 Teorias	15
1.5.1 Teoria da Presunção da Verdade	15
1.5.2 Teoria da Ficção da Verdade	15
1.5.3 Teoria da Eficácia da Declaração	15
1.5.4 Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional	16
1.5.5 Teoria da Vontade do Estado	16
1.5.6 Teoria de Carnelutti	17
1.5.7 Teoria de Liebman	17
1.6 Preclusão	18
1.7 Limites objetivos e subjetivos	20
1.7.1 Limites Objetivos	20
1.7.2 Limites Subjetivos	21
1.8 Efeitos da coisa julgada	22
1.9 Sentenças que produzem ou não coisa julgada	24
1.10 Meios de impugnação	25
CAPÍTULO II	
A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	27
2.1 Conceito de Filiação	27
2.2 Classificação	28
2.3 Direitos de personalidade	29
2.4 <i>Pater is est</i>	30
2.4 Histórico	32
2.5 Reconhecimento da Paternidade	34

2.5.1	Conceito	34
2.5.2	Classificação	36
2.6	A Ação de Investigação de Paternidade	37
2.6.1.	Conceito e Natureza Jurídica.....	37
2.6.2.	Legitimidade	40
2.6.3.	Interesse de Agir	41
2.6.4.	Provas	42

CAPÍTULO III

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	47
3.1 A Relativização da Coisa Julgada	47
3.1.1 Ação rescisória	47
3.1.2 Coisa julgada inconstitucional	48
3.3. A relativização no direito brasileiro	49
3.4. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade como meio de justiça	50
3.5. Princípios em conflito	57
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva colocar de frente a coisa julgada e as ações de investigação de paternidade, já julgadas, sem que fosse utilizado o DNA, exame relativamente recente.

Para alcançarmos nosso objetivo, primeiramente analisaremos os conceitos e fundamentos jurídicos relacionados a o tema, para que ao fim possamos observar como nossa jurisprudência e Tribunais Superiores tem se portado frente à problemática.

Em um primeiro capítulo analisaremos a coisa julgada, seu conceito, tanto a formal quanto a material, em conseguinte as teorias mais importantes sobre o tema ao longo do tempo, e a que usamos na atualidade em nosso ordenamento jurídico, defendida com maior predominância por nossos doutrinadores e juristas. Ainda no mesmo capítulo trataremos da preclusão, os limites e efeitos da coisa julgada e os atos jurídicos que produzem coisa julgada.

Em continuidade, no segundo capítulo, analisaremos a paternidade, sua evolução histórica, conceito, direitos que gera, bem como a Ação cabível para seu reconhecimento.

Num último capítulo, analisaremos a relativização da coisa julgada, aplicada em nosso país, e mais a fundo o instituto nas ações de investigação de paternidade, assim como os princípios que entram em conflito.

Importante ressaltar, que o presente trabalho não esgota o assunto, mas sim analisa alguns aspectos, conforme o caminhar de nossa sociedade, o nosso ordenamento jurídico se contorna a melhores soluções para a concretização da justiça.

CAPÍTULO I

COISA JULGADA

1.1 NOÇÕES PRELIMINARES

O instituto da coisa julgada tem como objetivo conferir segurança jurídica para as decisões judiciais onde não são cabíveis mais recursos, se utilizando da imutabilidade e indiscutibilidade.

No nosso atual trabalho se faz necessário ponderar os interesses defesos para a relativização da coisa julgada no caso da investigação de paternidade com ausência de exame de DNA.

Para melhor compreensão faremos uma análise histórica da coisa julgada, seguindo pelo conceito, natureza jurídica e um estudo mais profundo de suas características, para que deste modo possamos mais a frente analisar a possibilidade de sua relativização.

As leis e regramentos normativos surgiram de forma a regular o comportamento da sociedade, bem como proteger os interesses e cessar conflitos. Tais conflitos podem ser resolvidos de forma particular pelos envolvidos, porém, quando não é possível, o processo é utilizado como meio para atividade jurisdicional do Estado, sendo o instrumento para resolução.

Carnelutti define processo como 'meio de solução de conflitos ou lide' ¹, na redação original do art. 162, §1º do CPC, obtínhamos o conceito de sentença, baseado na finalidade de encerramento do processo, vejamos: "*pôr termo ao processo*" ¹. Na nossa atual legislação, após a Lei n. 11.232/2005, houve nova redação ao referido artigo e a sentença passa a ser definida pelo seu conteúdo, o texto do dispositivo nos traz o seguinte: "*Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*".

¹ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil, tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Saraiva, 1999, volume I. p. 214

Assim publicada a sentença, a mesma se torna *irretratável*, não podendo ser modificada ou revogada pelo mesmo órgão jurisdicional que a proferiu. Caso haja vício de procedimento ou haja erro ou injustiça, aquela pode ser impugnada através de recurso, que será analisado por órgão jurisdicional superior ao que proferiu a decisão, sistema que nosso processo brasileiro aderiu. Enquanto a sentença estiver sujeita a recurso existe a possibilidade de sentença, se trata de uma situação jurídica.

É sabido que a coisa julgada atinge os acórdãos e sentenças, porém há polêmica em torno do conceito e de seus limites no mundo jurídico. Para melhor entendimento analisaremos a seguir o seu conceito e sua natureza jurídica.

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Depois de proferida a sentença, seja ela terminativa ou definitiva, é possível a interposição de recurso para que órgão jurisdicional diferente reexamine o objeto da decisão. Porém, em certo momento a decisão se torna irrecorrível, seja por não haverem mais recursos disponíveis, seja pelo prazo máximo ter se esgotado, neste momento ocorre o seu trânsito em julgado, surgindo então a COISA JULGADA, objeto do nosso estudo no presente capítulo.

De forma mais ampla podemos definir coisa julgada com o conceito transmitido na nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, anteriormente chamada de LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), em seu art. 6º, §3º, onde se lê: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso*”, acrescido do art. 467 do Código de Processo Civil do qual extraímos: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”. Sua importância é tamanha que é tratada pela nossa Carta Magna como cláusula pétrea, assegurada no art. 5º, XXXVI, que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, na prática, o objetivo é evitar que a coisa julgada não fique vulnerável a lei retroativa.

A doutrina oferece diversas posições a respeito da natureza jurídica, porém a corrente majoritária segue a linha de pensamento de *Enrico Tullio Liebman*, o qual define coisa julgada como *“imutabilidade do comando emergente de uma sentença”*. Anteriormente a natureza jurídica da coisa julgada era tida como ‘efeito’ da sentença, a qual se vinculava de forma única ao seu efeito ‘declaratório’. Com a concepção dada por Liebman, os doutrinadores passaram a então tratar a coisa julgada não mais como um efeito da sentença, mas como uma característica, como uma qualidade dada aos seus efeitos, independentemente de que fossem declaratórios ou não. Os efeitos da sentença são a condenação, a declaração e a constituição.

*“Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade ou intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”*²

A coisa julgada deixou de ser vista como um efeito da sentença, uma explicação bem consistente está nas palavras de Barbosa Moreira que afirma que a imutabilidade de uma sentença não lhe é ‘conatural’ (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, p.103). Alexandre Freitas Câmara traz um reforço à teoria libemiana, porém acrescida de uma crítica, senão vejamos:

“(...) a coisa julgada se revela como uma situação jurídica. Isto porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e a indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade de coisa julgada. Parece-me pois, que a coisa julgada é esta nova situação jurídica, antes inexistente, que surge quando a decisão judicial se torna irrecorrível. Pode-se, assim, afirmar que a coisa julgada é a

² LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas: Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 54.

situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada substancial), quando tal provimento jurisdicional não está mais sujeito a qualquer recurso”³

Podemos então assim definir a natureza jurídica da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença e não mais, como antes se defendeu por longo período, de ser a coisa julgada um efeito da sentença.

No nosso sistema processual, que está com um número absurdo de processos em andamento, busca-se a justiça de forma mais célere, mas de todo modo não há de se deixar de lado o princípio da segurança jurídica, passa então a coisa julgada a ter importante papel para a efetividade da atividade jurisdicional.

Após terminado o prazo para interposição do recurso cabível, bem como esgotados os recursos disponíveis, sobre a decisão recairá a coisa julgada. Importante destacar que caso não houvesse esse limite, de recursos e prazos, a coisa julgada perderia o sentido, já que se criaria um ciclo imenso sobre uma ação que poderia nunca acabar, sempre que se achasse injustiçado se recorreria novamente à justiça para reforma de decisões, o que causaria um grande desequilíbrio no mundo processual, atravancando ainda mais o judiciário.

A coisa julgada nos traz essa essência política-ética para garantir a segurança jurídica, garantindo uma estabilidade dos julgados.

Podemos por fim definir, então, a coisa julgada como uma qualidade da sentença, após seu trânsito em julgado, tornando-a imutável e dando fim a lide com a estabilização da relação jurídica. Nas palavras de Almeida Junior a coisa julgada se trata da *“imodificabilidade da eficácia da sentença declaratória contida numa sentença emanada da atividade jurisdicional, não mais sujeita a recurso”⁴*.

³ CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 477 e 478

⁴ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. O controle da coisa julgada inconstitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 66

1.3 FUNDAMENTAÇÃO

Passaremos agora a entender o porquê de existir a coisa julgada, buscando entender porque a sentença tem que se revestir de imutabilidade e indiscutibilidade.

O principal ponto, já tocado anteriormente, se trata de evitar a perpetuação dos litígios, para que estes tenham um limite e possa ser colocado um fim à lide. Na forma da lei, foi trazida essa segurança jurídica, evitando que assunto tratado em uma sentença já tratada como coisa julgada não possa ser discutida novamente em outro processo.

O celebre autor Giuseppe Chiovenda afirma com sabedoria que *“para que a vida se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo (...) exigência social da segurança no gozo dos bens”*.⁵

Um dos escopos da jurisdição é a pacificação social, que é buscada através desta imutabilidade da decisão e os conflitos não sejam eternos, mantendo a ordem jurídica.

1.4 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada pode ser classificada em duas modalidades, a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal se trata da imutabilidade da sentença, seja porque não existe mais cabimento de nenhum recurso, seja pelo prazo para interposição de recurso já tenha se esgotado, Cassio Bueno afirma ser *“a sentença que não mais se sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela realizada pela preclusão”*⁶, podemos então dizer ser a

⁵ CHIOVENDA apud ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 106

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 426

coisa julgada formal como a *inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida*⁷, é um fenômeno intraprocessual.

Cândido Rangel Dinamarco, complementa:

“Toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, porque todas elas têm o efeito programado de extinguir o processo e, quando nenhum recurso tem cabimento ou cabível não é interposto, o processo se extingue pó força dela e nenhuma outra se proferirá naquele processo”⁸

A coisa julgada material (ou substancial) pode ser tratada como a autoridade da coisa julgada, é a imutabilidade da sentença quanto aos seus efeitos, motivo pelo qual impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide. Nossa legislação impõe que aquela tenha força não somente às partes, mas também aos juízes, tendo caráter de força obrigatória.

Para que haja coisa julgada material são necessários alguns requisitos, *“são eles: ter sido a decisão de mérito; ter havido cognição exauriente, já que não haverá coisa julgada se houver cognição sumária ou superficial, como a decisão interlocutória; e ter havido o trânsito em julgado (preclusão).”⁹*

A distinção entre coisa julgada material e formal é importante para que se verifique a possibilidade de reanálise de uma mesma questão, já que na coisa julgada formal não é possível dentro do mesmo processo, enquanto na coisa julgada material não pode haver ajuizamento de nova ação sobre a mesma lide fora do processo que proferiu decisão, impedindo nova apreciação de questão já resolvida.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil,. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil: v. 3. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 297.

⁹ LOURENÇO, Haroldo. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Forense, 2012. p. 460

1.5 TEORIAS

1.5.1 TEORIA DA PRESUNÇÃO DA VERDADE

Tem base nos textos de Ulpiano, que seguia a filosofia escolástica, onde a coisa julgada era firmada na 'presunção da verdade' do conteúdo da sentença. Para esta corrente filosófica, o processo buscava a verdade, pois a sentença nem sempre poderia exprimir a verdade, mas sim a sua presunção, se baseavam no texto do citado filósofo *res iudicata pro veritate habetur*.

Mais recentemente Pothier aderiu a esta teoria, passando para os tempos modernos, sendo firmada no Código de Napoleão, que foi base para muitos outros códigos.

1.5.2 TEORIA DA FICÇÃO DA VERDADE

Proposta por Savigny, esta teoria levava em conta que nem todas as sentenças eram justas. As sentenças injustas eram oriundas de erro de fato ou de direito, fazendo inclusive coisa julgada, porém não podem ser reconhecidas como verdade, nem pelas partes e nem pelos juízes, seja no mesmo processo ou em outro diferente, a sentença seria meramente uma 'ficção da verdade'.

1.5.3 TEORIA DA EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO

Esta teoria está firmada na autoridade da coisa julgada sobre a eficácia da declaração de certeza presente na sentença. As sentenças podem ser declaratórias ou constitutivas, mas em todas elas há uma declaração que produz a certeza do direito, onde está a autoridade da coisa julgada. Deste modo, esta declaração

produz um fenômeno processual onde as partes podem exigir uma das outras o seu cumprimento, bem como os juízes devem se ater a respeitarem-na, tornando indiscutível a sentença.

1.5.4 TEORIA DA EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO JURISDICIONAL

Teoria criada por Ugo Rocco, que ligava os conceitos de sentença e coisa julgada aos de ação e jurisdição.

Para aquele a ação seria o direito subjetivo de pedir ao Estado para que interfira e dirima uma lide, atuando a lei, provocando a jurisdição. O direito de ação nada mais é, portanto, a obrigação jurisdicional, que atinge seu ápice obrigacional através da sentença, extinguindo-se o direito de ação.

Tendo extinto o direito de ação e a obrigação jurisdicional, finda-se a relação material, que não poderá mais ser rediscutida.

Deste modo, podemos compreender que a teoria se firma no fato da extinção da obrigação jurisdicional é que origina a coisa julgada, bem como na extinção do direito de ação.

1.5.5 TEORIA DA VONTADE DO ESTADO

Chiovenda foi o grande defensor desta teoria, na qual afirmava ser a vontade do Estado o fundamento da coisa julgada, na qual continha um comando expresso na sentença, esta com caráter obrigatório, sendo *ato estatal irrevogável e de força obrigatória*.¹⁰

¹⁰ Idem 7. p. 75

1.5.6 TEORIA DE CARNELUTTI

Para o grande estudioso Carnelutti, a autoridade da coisa julgada também provém do Estado, firmada na imperatividade do comando da sentença, o qual pressupõe o comando existente na lei, não se identificando com este necessariamente.

Nesta teoria a coisa julgada formal pressupõe a coisa julgada material, diferente das outras teorias. *Na certeza que a sentença produz está a imperatividade dela, e é esta imperatividade que constitui a coisa julgada material, a qual, pela preclusão dos recursos, se transforma em coisa julgada formal.*¹¹

1.5.7 TEORIA DE LIEBMAN

A teoria do ilustre jurista italiano é a mais aceita pela escola processual brasileira na atualidade, como já citado anteriormente, a coisa julgada passou a ser tratada não mais como um efeito da sentença, mas sim como uma qualidade especial da sentença. O novo tratamento dado a coisa julgada na teoria liebmiana foi um divisor de águas para o tema, pois passou a ser possível a distinção na qual os efeitos das decisões jurisdicionais não se vinculam à sua imutabilidade ou à vedação de seu questionamento em juízo.

Para o jurista, a sentença está apta a produzir efeitos, já que se origina do Estado, mas para ter eficácia é necessário estar em conformidade com a lei, entretanto aquela enquanto ainda produz apenas sua eficácia natural, ainda estará sujeita a recursos, podendo ser reformada, mormente se for passível de impugnação por recurso com efeito suspensivo. Assim, quando houver a preclusão de todos os recursos cabíveis contra a sentença, esta se tornará imutável, se obtendo a coisa julgada, reforçando sua eficácia natural.

Vejamos uma citação de Liebman que reforça a ideia por ele apresentada:

¹¹ Idem 7. p. 76

“(...) Ora, a coisa julgada (Rechtskraft) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer que seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ela possa produzir. (...)”¹²

1.6 PRECLUSÃO

A preclusão trata-se de um instituto que tem relação com a coisa julgada, porém não há de se confundir com esta.

Chiovenda definiu em grande sabedoria, vejamos que para o jurista preclusão seria:

“(...)a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b)ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c)ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)”

¹³

Complementando o pensamento, Liebman conceitua manifestando:

“(...)por preclusão se entende a perda ou extinção do direito de praticar um ato processual, devida: a) à decorrência do prazo; b) à

¹² Idem 2. p. 17-18

¹³ CHIOVENDA apud ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 156

falta do exercício do direito no momento oportuno, quando a ordem legalmente estabelecida na sucessão das atividades processuais importe uma consequência assim tão grave; c) à incompatibilidade com uma atividade já desenvolvida; d) ao fato de já se haver uma vez sido exercido o direito". ¹⁴

A depender das causas de que provém, a preclusão poderá ser temporal, lógica e consumativa. A preclusão temporal se dá quando esgotado o prazo para o exercício da faculdade processual, como, por exemplo, quando decorrido prazo para interposição de recurso. A preclusão lógica ocorre quando a prática de um ato se faz incompatível com a prática de outro, como, por exemplo, o condenado que cumpre voluntariamente uma prestação da sentença perderá o poder de recorrer contra a mesma. Já a preclusão consumativa ocorre quando a posição processual deixar de existir por já ter sido exercida, o que impede o reexame de questão decidida, uma vez transitada em julgado.

A preclusão somente terá efeitos sobre o processo em que foi proferido o ato decisório, não alcançando outros processos. Tem aquela o objetivo de não eternizar os processos, em repetições constantes.

Sobre as sentenças terminativas e as decisões interlocutórias transitadas em julgado recai a preclusão, é sabido que não fazem coisa julgada material, o que possibilita que as questões sejam levantadas novamente em novo processo.

De forma diversa, sobre as sentenças de mérito onde se produziu coisa julgada, há a preclusão quanto às alegações e defesas, impedindo que sejam aventadas em processo futuro sobre a mesma lide.

A respeito dos despachos, sobre estes não recai preclusão, podendo o juiz reformá-los ou reapreciá-los no curso do processo.

¹⁴ Idem 2. 1984. p. 225

1.7 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

A coisa julgada sofre alguns limites, sejam de ordem objetiva ou de ordem subjetiva. Analisarmos-los a seguir.

1.7.1 LIMITES OBJETIVOS

O limite objetivo se trata de saber que parte da sentença se tornou imutável, ou seja, a parte imune de posteriores discussões perante o Estado-juiz, fazendo valer o princípio da segurança jurídica.

Anteriormente haviam controvérsias a respeito de quais partes da sentença recaiam a coisa julgada, porém nosso atual Código de Processo Civil veio para dirimir a situação, senão vejamos o art. 468: *“A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”*. Concluímos, deste modo, que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença, a fundamentação e o relatório não se tornam imutáveis.

Portanto, caso surjam novos fatos que redefinem as causas, então poderá dar ensejo a uma nova ação, podendo ser reapreciada frente aos novos dados. Por outro lado, verificamos que apenas o que foi deduzido no processo que alcança a coisa julgada, sendo então possível a apreciação em outro processo, nada impedindo que se faça coisa julgada em assunto diverso não abordado.

Mesmo não havendo unanimidade sobre a questão, o art. 469 do CPC indica quais partes da sentença não fazem coisa julgada, vejamos a seguir:

Artigo 469 do Código de Processo Civil: Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo

1.7.2 LIMITES SUBJETIVOS

Além da importância do objeto da decisão, importa-nos também saber quem está vinculado ao que foi decidido, ou seja, dos limites subjetivos da coisa julgada, por estarem ligadas aos *sujeitos* que não podem pretender tomar a iniciativa de rediscutir o que á foi decidido anteriormente pelo Estado-juiz.

A primeira parte do art. 472 do CPC nos traz a regra a ser considerada sobre o assunto, o texto diz que “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros(...)*”. Nos faz compreender, que a regra geral, onde somente as partes são atingidas pela coisa julgada, é destarte que a doutrina entende serem os assistentes litisconsortes como atingidos também.

Deste entendimento podemos subtrair que a coisa julgada da decisão não pode beneficiar ou prejudicar terceiros, mas isso não significa que não possam ser atingidos pelos seus efeitos ou até mesmo sua eficácia, é o que chamamos de reflexos das sentenças. O entendimento atual teve origem no Direito Romano em que se afirmava que *res inter iudicata, allis non praeiudicare*.

Há exceções, onde o terceiro pode ser atingido pela coisa julgada, *ultrapartes*, a exemplo das ações coletivas que abrangem direitos coletivos *strictu sensu* (art. 103, II, do CDC), ou até mesmo efeito *erga omnes*, como nas ações coletivas sobre direitos difusos (art. 103, I do CDC), ADC e ADC, onde todos os jurisdicionados são vinculados à coisa julgada.

A regra imposta pelo nosso atual ordenamento jurídico é de grande importância, dando base ao principio do contraditório, pois seria infundado dizer que uma decisão é imutável a alguém que não participou do seu processo de formação.

Para efeito de serem atingidos, serão consideradas partes, também, o espólio delas, seus herdeiros e sucessores, e ainda o adquirente ou cessionário delas (Arts. 42, §3º; 567, I e II; 568, III).

Vejamos o pensamento de Marinoni:

*Observa-se que somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses ao infinito. Para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pode fim, em determinado momento, à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada.*¹⁵

1.8 EFEITOS DA COISA JULGADA

São atribuídos três efeitos à coisa julgada, são eles: negativo, positivo e preclusivo.

A eficácia negativa vincula os juízes para que não decidam novamente sobre questão já apreciada em diferente processo, como traz o art. 267, V do CPC, impossibilitando que haja uma outra decisão sob a mesma pretensão. O impedimento de rediscussão atinge, além de qualquer órgão jurisdicional, as próprias partes.

“Por um lado, tem uma função (ou aspecto, ou eficácia) “negativa”. Consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual recai a coisa julgada. É nesse sentido que a coisa julgada funciona como pressuposto processual negativo”.
¹⁶(TALAMINI, 2005, p. 130).

A eficácia positiva da coisa julgada se relaciona à imutabilidade da decisão, transitada em julgado, vinculando as partes e o juízo perante as quais ela foi proferida, sendo uma eficácia natural da sentença.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento, 2a Edição, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003. p. 675

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 130

“Por outro, há a função (ou aspecto, ou eficácia) “positiva” da coisa julgada. O decisum (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material (...)” ¹⁷

Por derradeiro, a eficácia preclusiva, que está disposta nos arts. 461 e 464 do CPC, vejamos:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I- se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir revisão do que foi estatuído na sentença;

II- nos demais casos prescritos em lei.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Quando houver transitado em julgado a sentença de mérito, ficarão impossibilitadas, as partes, de alegar qualquer outra questão relacionada à lide, sob qual pesa a autoridade da coisa julgada, o que significa dizer que não se admitirá nova ação para rediscutir a lide com base em novas alegações.

A eficácia preclusiva atinge as questões de fato e direito que foram efetivamente alegadas, as que poderiam ter sido alegadas pelas partes e interessadas, mas não o foram, bem como as que deveriam ter sido examinadas *ex officio* pelo juiz, mas não o foram.

¹⁷ IDEM 16. p. 130

1.9 SENTENÇAS QUE PRODUZEM OU NÃO COISA JULGADA

Como vimos anteriormente, a coisa julgada é dotada de imutabilidade e indiscutibilidade sobre a sentença e seus efeitos, quando se tratar em sentenças definitivas ou de mérito, no mesmo ou em outro processo. Salvo essas sentenças definitivas ou de mérito, os demais atos decisórios, mesmo quando classificados como sentença, não produzem coisa julgada.

Os efeitos declaratório, condenatório ou constitutivo são das sentenças de mérito, que são chamadas de definitivas, são estas que produzem coisa julgada, adquirindo força de lei, conforme art. 268 do CPC (“*A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”). Podemos concluir que fazem coisa julgada as sentenças que extinguem o processo com ‘resolução de mérito’, nas hipóteses previstas no art. 269 do CPC:

Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I- quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II- quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III- quando as partes transigirem;

IV- quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V- quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Sob a luz dos ensinamentos de Moacyr Amaral dos Santos, as sentenças que não produzem coisa julgada são:

A) Sentenças terminativas – “*que põem termo ao processo, mas não decidem o mérito. Transitam elas em julgado, mas não fazem coisa julgada*”;¹⁸

B) Sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária ou graciosa – “*Nesse processo não há lide a ser decidida e a*

¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 79

*autoridade de coisa julgada é característica das sentenças que resolvam a lide”;*¹⁹

C) Sentenças proferidas em processos cautelares – *“Revogáveis ou modificáveis a qualquer momento e subordinadas à sentença proferida no processo principal”;*²⁰

D) Decisões Interlocutórias – *“Dessas decisões, quando não recorridas ou transitadas em julgado, resulta tão somente preclusão, que torna impeditivo o seu reexame no mesmo processo”;*²¹

E) Despachos de mero expediente – *“Podem ser modificados ainda no curso do processo em que foram proferidos, mediante reclamação da parte, máxime quando suscetíveis de ser pronunciados de ofício”.*²²

Como vimos anteriormente, a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença, a tornando imutável e indiscutível.

1.10 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

A coisa julgada aceita impugnação, a doutrina aponta diversos meios para sua rescindibilidade. Deve ser deixado de lado o pensamento inelástico de que a coisa julgada sana qualquer problemática e não devem ser passíveis de discussão. Pode se questionar a regularidade processual, na qual recaiu decisão.

Alguns dos meios de impugnação da coisa julgada são: a ação autônoma declaratória ou *querela nullitatis* à brasileira; embargos à execução contra a Fazenda Pública e a defesa do executado contra o cumprimento da sentença; a exceção ou objeção de executividade; o mandado de segurança e a arguição de

¹⁹ IDEM 18. p. 80

²⁰ IDEM 18. p. 80

²¹ IDEM 18. p. 81

²² IDEM 18. p. 81

descumprimento de preceito fundamental. Porém, a que ganha mais destaque é a ação rescisória, prevista no art. 485 do CPC, podendo ser proposta no prazo de 02 (dois) anos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Além destes já citados, existem outros meios de controle da coisa julgada, que não atingem esta diretamente, porém acabam a desconstituindo, a exemplo da 'Ação Declaratória de inexistência de ato processual'. Em capítulo posterior, analisaremos novamente o tema.

No presente trabalho, é importante salientar que a respeito da investigação de paternidade há de se considerar a relativização da coisa julgada como forma de impugnação, porém será abordado mais adiante de forma mais profunda.

CAPÍTULO II

A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Para Silvio Rodrigues a filiação “*é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. (...) cria efeitos no campo do direito.*”²³

É consensual que a filiação é fato jurídico que implica em diversos efeitos, tendo importância em diversas áreas, alcançando a proteção à família, sucessões, poder familiar, entre outros.

Entende-se, então, ser a filiação a relação entre pais e filhos, seja porque aqueles geraram estes ou os adotaram. Quando vista pelo lado do filho é a filiação propriamente dita, quando vista por parte do genitor é considerada maternidade ou paternidade.

Nossa atual Carta Magna admite a absoluta igualdade entre todos os filhos, deixando de lado o pensamento ultrapassado de que somente os filhos tidos na constância do casamento tinham direitos, deixando de lado a diferença entre filiação legítima e ilegítima que havia no Código Civil de 1916. O princípio da igualdade é reforçado no art. 1.596 do atual Código Civil, que enfatiza que “*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

Silvio Venosa nos traz com sabedoria os seguintes dizeres:

“A filiação é, destarte, um estado, o status familiae, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de

²³

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Vol. 6. Direito de Família – São Paulo, 2002. p. 297

estado. O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram. A adoção, sob novas vestes e para finalidades diversas, volta a ganhar a importância social que teve no Direito Romano.”²⁴

2.2 CLASSIFICAÇÃO

A diferença entre os tipos de filiação, na atualidade, é só uma questão de didática, como dito anteriormente, nossa Constituição pacificou a igualdade entre os filhos em seu art. 227, §6, impedindo qualquer distinção entre filhos havidos dentro ou fora do casamento.

A equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao idêntico tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto à origem da procriação. A distinção entre filiação legítima e ilegítima possui modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória. Inevitável, contudo, que seja mantida a diferença terminológica e conceitual para compreensão dos respectivos efeitos. (...).²⁵

Porém até a promulgação da atual Constituição, havia uma classificação, a qual dividia os filhos em legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos.

Os filhos legítimos eram os concebidos na constância do casamento, seja este nulo ou anulável, desde que contraído de boa fé. O momento de consideração é o da concepção do filho, se havia a constância do casamento no momento.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família, volume 6. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 224

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 3. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2003. p. 226

Os filhos legitimados eram os que foram concebidos fora da constância do casamento, porém após se conceberam as núpcias, legitimando a sua prole.

Os filhos ilegítimos eram os nascidos ou concebidos fora do casamento, e se subdividiam, ainda, em naturais (tidos por pais não casados, porém livres e desempedidos), adulterinos (filhos de pais não casados e um deles ou os dois são comprometidos em outro casamento) e incestuosos (onde há impedimento consanguíneo).

Os filhos adotivos são os filhos não biológicos, onde se cria um vínculo afetivo, decorre de um ato de vontade.

Portanto, compreendemos que os filhos matrimoniais são os tidos na constância do casamento e os não-matrimoniais os tido na relação extramatrimonial.

Atualmente, também se usa outra classificação, onde a filiação se distingue em biológica e não biológica. Os filhos genéticos possuem herança genética tanto da mãe quanto do pai, os não biológicos podem se dividir em por substituição (reprodução assistida), sócio-afetiva (provém da relação de afeto) e adotiva (estabelecida pela adoção).

2.3 DIREITOS DE PERSONALIDADE

A regra geral, na atualidade, é que todos os humanos são dotados de personalidade (art. 1º do Código Civil), porém nem sempre foi essa situação, os escravos não tinham personalidade. Quem tem personalidade tem capacidade de direito, mas nem sempre quem tem capacidade de direito tem personalidade.

O nosso atual Código Civil destaca uma parte para regular os direitos de personalidade (arts. 11 a 21). Podemos dizer que estes direitos são os que, se ausentes, não se poderia falar em personalidade, é o mínimo necessário, o imprescindível. Porém, podemos entender que o que apoia os direitos é a personalidade, os quais são subjetivos e protege valores superiores do ser humano, lhe garantindo a existência e a dignidade.

Os direitos de personalidade são irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis, impenhoráveis e intransmissíveis. Para as pessoas naturais se inicia com o nascimento com vida (art. 2º) e se encerra com a morte, não existindo mais aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

Carlos Alberto Bittar segue a corrente naturalista, seguindo corrente contrária aos positivistas. Estes consideram que os direitos de personalidade devam ser apenas os reconhecidos pelo Estado, deixando de lado os direitos inatos, de ordem moral, ou seja, todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo. Porém, o jurista citado, em sua corrente, afirma que os direitos de personalidade *correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem* ²⁶, são direitos atribuídos à condição da pessoa humana. Afirma ainda:

“Esses direitos – muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “liberdades públicas” – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de liberdades públicas, recebem todo o sistema de proteção próprio”. ²⁷

O fato de ser pessoa, lhe dá direitos da personalidade, mais especificamente, a respeito de nosso tema, os ‘direitos da pessoa’, dentro de qual podemos extrair o direito à referência do estado familiar, decorrente das diversas relações jurídicas do fato de a pessoa integrar-se a um determinado núcleo.

2.4 PATER IS EST

Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant (“pai é aquele que as núpcias demonstram”) teve origem no Direito Romano, e pode ser entendido como o filho concebido na constância do casamento será presumido do marido.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 7

²⁷ IDEM 27. p. 8

“(...) a filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade. O nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido. Com base no “dever” de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade “efetiva”, é que se formou a regra pater est. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada ao lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência.”²⁸

No caso de filhos havidos fora do casamento, não se pode aplicar a presunção *pater is est*, exatamente porque os pais não são casados, devendo o pai reconhecer o filho de forma voluntária, ou judicialmente, sendo compelido. O reconhecimento voluntário é chamado de perfilhação e é irrevogável, ato formal.

No nosso ordenamento jurídico ainda houve resquícios da diferenciação de filhos havidos fora ou dentro do casamento, no art. 227, §6º, CF e art. 1.596 do CC, na verdade tentando eliminar uma desigualdade, antes rigorosa.

Como não existiam exames genéticos ou meios de se obter a verdade concreta, o princípio do *pater is est* dominava o entendimento, por conta disso, somente o pai poderia negar a paternidade, impedindo que filhos legítimos ou legitimados contestassem sua paternidade, já que esta era presumida. O objetivo do legislador, do nosso Código Civil de 1916, com essa rigidez objetivava preservar a família.

Com a evolução da história e da genética, a verdade biológica passou a ser considerada importante, possibilitando que os filhos, mesmo com paternidade presumida, pudessem intentar uma ação de investigação de paternidade. Prevalece então a presunção de paternidade dos filhos matrimoniais, porém pode ser afastada, tendo legitimidade não somente o pai, como anteriormente, mas também o filho.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 361

O *pater is est* tomou outras formas na atualidade, presume-se pai o marido da mãe que age e se apresenta como pai, independente de ter sido ou não genitor biológico. *Assim atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica.* ²⁹

2.5 HISTÓRICO

A contestação da paternidade, como falamos anteriormente, era vedada contra homens casados, sendo atenuada com o advento dos exames genéticos (DNA).

Apesar da verdade biológica ser importante para a atribuição da paternidade, tal fato não há de se sobrepor a filiação não biológica, pautada nos laços afetivos. Paulo Lôbo destaca o fato dizendo:

“A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. Como já vimos, tanto o estado de filiação ope legis quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não.” ³⁰

O Estatuto da Criança e Adolescente, apesar de não pautar expressamente, não dá preferência alguma em relação aos pais biológicos em detrimento de pais não biológicos, o que deve ser considerado é o bem estar da criança e seus interesses.

²⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 248.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em: 29 set. 2014

O Código Civil de 1916 listava quatro hipóteses em que se admitia a investigação de paternidade, porém com a evolução do nosso ordenamento o leque se abriu, passando a ter novas possibilidades de reconhecimento “forçado” da paternidade, percebe-se que se tentou remover todos os obstáculos ao livre reconhecimento da filiação. Vemos claramente em algumas leis, como exemplo a Lei 8.560/1992 que introduziu a nova sistemática para o reconhecimento da filiação e legitima o Ministério Público para ajuizar a ação (foi alterada pela Lei 12.004/2009).

Anteriormente o sistema era tão rígido, que mesmo que um pai quisesse reconhecer filhos fora de seu matrimônio, enquanto estivesse casado estaria impedido. Como a dissolução do casamento era proibida, somente com a viuvez poderia perfiar legalmente. Um dos modos que usavam era o benefício do testamento.

Um avanço ocorreu em 1942, quando a proibição do reconhecimento de adulterinos pelo pai *desquitado* caiu por terra e em 1949, quando o filho adulterino podia legalmente propor demanda ao pai que não estivesse mais casado. Porém, somente a partir de 1977 que a diferença entre filhos adulterinos reconhecidos e filhos legítimos, a respeito de direitos sucessórios, foi deixada de lado. Mas com a nova Carta Magna, em 1989 o filho adulterino pode demandar ação investigatória de paternidade e o homem casado pode reconhecer seus filhos voluntariamente.

Atualmente, com os avanços das ciência e da tecnologia, a busca da verdade real se torna mais forte, permitindo que as dúvidas a respeito da filiação sejam sanadas de forma mais precisa. O parentesco tem diversas consequências, gerando direitos e deveres, além do psicológico, em que se instaura o emocional de se conhecer suas origens. Tamanha importância na nossa sociedade, que está entrelaçada em nosso ser, trouxe a tona um capítulo no nosso atual Código Civil, regulando este processo de reconhecimento de filiação e identificação dos pais. Porém a atual corrente segue um processo de desbiologização da paternidade, onde a pesquisa genética passa a ter papel secundário, dando mais importância aos laços socioafetivos. O art. 1.593 do nosso recente Código Civil nos traz um avanço que devemos tratar com orgulho, segue seu texto: “*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.*”. Em confirmação ao tema, o STJ veio a reconhecer: “*Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também,*

*aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo”*³¹

Nossa atual sociedade passa a ver novas relações se formando e querendo igualdade, como as homossexuais, onde a adoção por pais do mesmo sexo se torna uma grande bandeira, onde novos modos de fecundação assistida e de reprodução passam a fazer com que o nosso ordenamento jurídico acompanhe o desenvolver dos seus cidadãos. Saímos do pensamento filhos havidos dentro do casamento entre homem e mulher e nos vislumbramos com situações diferentes. São muitas adolescentes que criam seus filhos sem ajuda do pai, as vezes desconhecido, são pais do mesmo sexo através de fecundação assistida, São dois homens que usam barriga de aluguel. Para isso temos de ver o direito como uma arma apontada para frente e não para a própria face. O objetivo maior sempre é justiça e igualdade social e de direitos e qualificações.

2.5 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

2.5.1 CONCEITO

Como vimos anteriormente, os filhos podem ser matrimoniais e extramatrimoniais. Para os concebidos na constância do casamento há a presunção *pater is est*, já para os tidos fora não há essa presunção, sendo necessário um reconhecimento, com objetivo de declarar um fato.

³¹ REsp. nº. 370067/RS, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz: “MILITAR. RECURSO ESPECIAL. FILHA DE CRIAÇÃO DE MILITAR, FORMALMENTE ADOTADA PELA VIÚVA APÓS O FALECIMENTO DE SEU ESPOSO. DIREITO À PENSÃO APÓS A MORTE DA MAE ADOTIVA.

1. Conforme preceitua o art. 7º, inciso II, da Lei nº 3.765/60, a pensão militar é deferida "aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos". Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo. 2. A Carta Magna conferiu maior abrangência ao mencionado dispositivo, intensificando a proteção à família e à filiação e repelindo quaisquer formas de discriminação advindas dessas relações. 3. Na hipótese em apreço, restou sobejamente demonstrado que a ora Recorrida ostenta a condição de filha do de cujus, tendo a sua adoção pela viúva apenas formalizado uma situação de fato preexistente. Por essa razão, preenche a Autora os requisitos legais para que lhe seja deferido o benefício pleiteado. 4. Recurso especial desprovido.” J. em 09.08.2005, pub. em 05.09.2005, DJ, p. 452

No Direito grego o filho natural não podia ser legitimado, já no Direito Romano o filho era introduzido pela organização religiosa da família, o filho nascido de mulher que não fosse associada ao culto doméstico pela cerimônia do casamento, não tinha direito de participar da família. Não havia um vínculo de parentesco entre o filho natural e o pai, a não ser que este o introduzisse através da adoção, o submetendo à sua autoridade. Com a evolução do Cristianismo a filiação natural passou a ganhar forças, condenando os filhos bastardos. No evoluir da história, variava a forma que os filhos naturais eram tratados, por horas negando o reconhecimento de paternidade e por horas se admitindo. Por um bom senso, na atualidade, nosso ordenamento aceita, dando margem a grandes progressos como a parentalidade por vínculo sócio-afetivo.

O reconhecimento é ato jurídico em sentido estrito, tem caráter personalíssimo, e seus efeitos recaem sobre o próprio perfilhador. Este reconhecimento somente é possível se o filho for concebido fora da constância do casamento, caso haja o matrimônio prevalece a presunção *pater is est*, não há cabimento em falar de reconhecimento de filho pelo marido da mãe, em ausência de contestação de paternidade o filho é do marido.

O reconhecimento deve ser feito pelo próprio reconhecedor (perfilhador), porém não há impedimento que seja por meio de procuração com poderes especiais, podendo ser realizada a todo tempo, seja antes do nascimento, em vida ou após a morte do filho.

Fábio Ulhoa Coelho, com maestria afirma:

“O reconhecimento de filhos é ato ligado essencialmente à filiação biológica. Não pode ter por objeto a instituição de filiação adotiva ou sócio-afetiva. Tem lugar quando o registro de nascimento do filho não confere com a verdade biológica de sua concepção, por parte da mãe ou do pai, excluída a hipótese de filiação por substituição.” ³²

³² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 171

2.5.2 CLASSIFICAÇÃO

Existem duas formas de reconhecimento de paternidade, a voluntária, também chamada de espontânea; ou a judicial, ou coativa. Ambos tem eficácia declaratória, firmando uma situação preexistente, com efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da concepção.

O ato voluntário de paternidade não depende de prova de origem genética, basta que o pai, de forma espontânea, publica, solene e incondicional assumo o filho, ato chamado de perfilhação. Não pode estar sujeito a termos ou condições e muito menos ser retratado, é ato indisponível, pois não pode gerar arrependimento.

Como já afirmado anteriormente, o estado civil dos pais não altera a filiação, portanto um casamento anulado não gera a anulação da filiação (Vide art. 1.561, §2º do CC). Seria cruel que os filhos fossem punidos, de algum modo em decorrências da postura dos pais que agem de má-fé.

O filho perfilhado passa adquirir status de 'família', suas formas de reconhecimento de paternidade voluntárias estão elencadas no art. 1.609 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.609 – o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou por escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Apesar de irrevogável, o ato de reconhecimento de paternidade é passivo de anulação caso seja comprovado vício na declaração, vício de consentimento ou falsidade.

O art. 1.614 do Código Civil impede que filho maior seja reconhecido sem seu consentimento, o menor tem o prazo de 04 (quatro) anos após sua maioridade ou emancipação para impugnar o reconhecimento, dando a característica a este de renunciabilidade.

O filho reconhecido terá direitos patrimoniais e pessoais. Cabendo-lhe direito de nome, sujeitando-se ao poder familiar e guarda do genitor declarante, com exceções elencadas nos arts. 1.611 e 1.612 do CC, tendo ainda direitos sucessórios e de alimentos.

O reconhecimento espontâneo somente pode ocorrer quando não há um pai ou mãe declarado, não há de se falar em reconhecimento quando já se possui um genitor declarado. No caso de ausência de pai em certidão de nascimento, somente pode haver perfilhação em relação ao pai, idem para mãe ou ambos.

Quando o reconhecimento não ocorre de forma espontânea, é necessário seu reconhecimento de forma judicial ou forçada, será a declaração em sentença proferida em Ação de Investigação de Paternidade, em filiação declarada por juiz, em rito ordinário e imprescritível. Analisaremos o instituto de forma mais minuciosa em tópico posterior.

2.6 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.6.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O filho pode propor Ação de Investigação de Paternidade contra o genitor(a) ou seus herdeiros, quando sentir necessidade de saber a verdade biológica de sua concepção. Não há de se falar nesta ação quando o nascimento ou concepção ocorreu na constância do matrimônio. Bem como esse direito é alheio ao filho havido por meio de fertilização assistida ou similar ou dentro de casamento ou união estável.

Esta ação não está sujeita a prazo decadencial, podendo ser ajuizada a qualquer tempo, diferente da petição de herança. Aqui o que se preza é a origem genética, podendo a qualquer tempo ser buscada. Vejamos:

*“DIREITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. ARTS. 178, § 9º, VI, E 362, DO CÓDIGO CIVIL. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. É imprescritível o direito de o filho, mesmo já tendo atingido a maioridade, investigar a paternidade e pleitear a alteração do registro, não se aplicando, no caso, o prazo de quatro anos, sendo, pois, desinfluentes as regras dos artigos 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil então vigente. Precedentes. Recurso especial não conhecido.”*³³

A ação não é obrigatória, fica a critério do filho mover ou não a ação contra seu possível genitor. A respeito do tema, João Baptista Villela faz um questionamento, vejamos:

*“Cabe a todos o direito de investigar sua paternidade? Sim, a todos. A todos que não tenham pais, evidentemente. É intuitivo que a lei não iria atribuir um direito de obter a quem já tenha ou a quem já obteve. O transparente e contínuo processo histórico de equalização dos direitos entre os filhos e, mais que tudo, o velho e frequentemente esquecido bom senso não deixam dúvida quanto às intenções da Constituição. Ela quis igualar elevando os menos favorecidos ao patamar dos mais favorecidos. E não percorrendo o caminho contrário, ou seja, rebaixando os mais favorecidos ao ponto em que estavam os menos favorecidos”.*³⁴

³³ STJ - REsp: 466783 RS 2002/0110963-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 19/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.05.2005 p. 267RJTJRS vol. 248 p. 31

³⁴ VILELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação: verdades e superstições, Revista brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, n.2, 1999. p. 1300

Esta ação pode ser cumulada com petição de herança, alimentos e com ação de anulação de registro civil, havendo casos em que seja necessário que o filho seja representado por seu representante legal.

A natureza jurídica da Ação de Investigação de Paternidade é a de ação de estado. Estas se referem ao estado da pessoas, seja para sua afirmação ou contestação, podendo ser compreendido como a situação jurídica da pessoa na sociedade. Na verdade o que se busca não é sua origem genética, o que supõe é o estado de família, de convivência familiar, a finalidade não deveria ser atribuir a paternidade ou maternidade ao genitor biológico, como afirma Caio Mario, mais fácil seria se os peritos ditassem sentenças de filiação, caso assim fosse. ³⁵(Instituições de Direito Civil, 2011, p. 371). O estado de filho não é atribuído ao vínculo genético, mas sim ao vínculo jurídico, consagrado por estado de fato anterior, e que irá determinar a consagração deste status. Na maioria das vezes esse estado de fato decorre do vínculo biológico, mas não deve ser tomado como regra.

Para alguns doutrinadores a natureza jurídica desta ação é declaratória, como para Rolf Madaleno, pois a constituição da filiação será dada pela sentença.

“Mas a ação de investigação de paternidade considerada em si, investigação simples, é puramente declaratória, visa a acertar a relação jurídica da paternidade do filho, afirmar a existência de uma condição ou estado, sem constituir para o autor nenhum direito novo, nem condenar o réu a uma prestação. Nem ao menos seu objeto será compelir o réu a admitir a relação jurídica da paternidade, porque, declarada por sentença esta relação, o estado de filho fica estabelecido erga omnes, não dependendo de execução o dever de admiti-lo o réu. Este terá reconhecido o estado de filho apenas, independentemente de sua vontade, porque, uma vez declarado o estado de filho, com a procedência da ação, a relação jurídica da filiação importa o modo particular da existência civil do autor, que ele

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 371

*adquire adversus omnes, e inter omnes está o réu, vencido na ação*³⁶

Mesmo quando a ação é cumulada com pedidos de petição de herança ou alimentos, sua natureza jurídica não se altera com devido os pedidos de cunho patrimonial, já que após reconhecida a paternidade, os elementos financeiros serão uma consequência, um estado adquirido, já que não há consenso sobre o vínculo de filiação.

Com o reconhecimento judicial, não se adquire direito novo, apenas se admite direito existente previamente no mundo fático, que então passará a existir no mundo jurídico, mas que existia desde a época do nascimento.

2.6.2 LEGITIMIDADE

A legitimidade pode ser ativa ou passiva e se trata da titularidade do direito de agir.

A legitimidade ativa é do filho, podendo ser representado se for menor ou incapaz. O direito é personalíssimo, portanto não pode ser substituído por ninguém na iniciativa da ação, salvo nas hipóteses já citadas e em caso de morte, hipótese esta em que a ação passa para a iniciativa de seus herdeiros.

O Ministério Público também possui legitimidade ativa para ingressar com a referida ação, trata-se de uma legitimidade extraordinária, uma vez que incumbe a este a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, artigo 127 da CF. Um vez proposta pelo MP, não impede que a ação seja proposta por quem tenha legítimo interesse, na verdade o *Parquet* litiga em nome próprio mas defendendo direito alheio.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 52-53

Já há algum tempo tem se admitido na jurisprudência e doutrina a possibilidade de netos proporem ação de investigação contra os avós, no caso de morte do pai/mãe, para que seja reconhecida a relação avoenga.

Quando tratamos de legitimidade passiva (direito de contestar a ação), sabemos que pertence a qualquer um que justo interesse tenha, porém é importante destacar que o ascendente investigado, em regra, sempre terá direito de contestar.

No caso da morte do suposto pai, quem responderá a ação *post mortem*, serão os seus herdeiros, testamentários ou legítimos, não podendo esta ação ser intentada contra o espólio, uma vez que este somente possui legitimidade para defender os interesses patrimoniais. Ante a não existência de ascendentes e descendentes, quem responde é o cônjuge ou companheiro sobrevivente e, na ausência deste os colaterais até quarto grau.

2.6.3 INTERESSE DE AGIR

Como já tocado anteriormente, a ação de investigação de paternidade é descabida quando já há uma paternidade, seja reconhecida ou declarada, portanto em caso contrário é necessário que seja cancelado o registro anterior por erro ou falsidade, senão vejamos o art. 1.604 do CC: *“Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”*.

Alguns doutrinadores seguem a corrente de não se possível a cumulação de ação investigação de paternidade e de ação de cancelamento de registro, com a base de que não seria possível cumular ações contra réus diferentes, porém a maioria segue corrente contrária em que é possível um litisconsórcio unitário.

2.6.4 PROVAS

A filiação é provada pela certidão de termo de nascimento assentada no Registro Civil (art. 1.603 do CC), até que se prove o contrário, por erro ou falsidade do registro, devendo ser desconstituídas nessas hipótese ou em caso de sentença transitada em julgado decorrente de ação de impugnação ou de contestação de paternidade (ou maternidade). O Registro Civil gera a presunção de veracidade da paternidade, é o *iureis et de iure*, valendo como real os dados da certidão, não podendo pretender ou ostentar estado diverso.

O Código Civil anterior considerava este *iureis et de iure* como presunção absoluta em seu art. 348, somente após uma alteração em 1943 que houve o acréscimo da expressão “salvo por erro ou falsidade de registro”, de onde se mantém a redação atual, onde se considera o registro *iuris tantum*.

Caso ocorra ausência de registro, que este não se encontre ou esteja em lugar inacessível, ou ainda que contenha informações inexatas, o nosso legislador admitiu prova de filiação por modo admissível em direito. O art. 1.605 disciplina que:

“Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando inexistem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Nosso atual Código não menciona a *posse de estado de filho*, que consiste em trazer a pessoa o nome paterno (*nonem*), ser tida na família como filho (*tractus*) e no meio social em que vive gozar do conceito de filho legítimo (*fama*). Apesar da omissão sobre o assunto, a jurisprudência vinha aceitando a posse de estado, com ressalvas.³⁷

³⁷ GOMES, Orlando. Direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136

A causa de pedir das ações a respeito da paternidade biológica é a concepção, decorrente de ato sexual, o que resultou no nascimento do interessado, porém este não participa do ato, sendo seu meio de probação dificultado. Por tal fato, tais demandas não obedecem à distribuição dos encargos probatórios, feita pela lei processual.

Os magistrados devem conhecer dos fatos na ação de investigação de paternidade, e para isso devem se utilizar das provas, sendo estas não um meio, mas sim um resultado. Para tal, as partes podem deduzir suas pretensões, alegando os fatos em que se baseiam, fatos tais que devem ser provados para o convencimento de suas alegações.

Como afirmado anteriormente, a prova não caberá ao autor, pois este investiga, mas sim ao réu que negue e comprove as negativas. Vejamos:

Em ações de investigação de paternidade, a prova terá que ser robusta, pois a paternidade apenas possível, não pode ser sinônimo de paternidade concreta, judicialmente comprovada por critérios objetivos. Só o conjunto uniforme de elementos seguros, pode levar à declaração e filiação contestada, pois se é desumano não ter o filho, direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente (...).³⁸

A competência de determinar quais provas devem ser produzidas é do juiz, devendo ser seu objetivo a busca da verdade real para formação do seu convencimento.

Apesar de admitidos todos os meios de prova, conforme art. 332 do CPC, tem grande relevância para à ação de investigação de paternidade as provas testemunhais, documentais e periciais.

A prova testemunhal é feita por terceiros distintos da relação processual, feita de forma oral, é amplamente utilizada quando não for possível a realização do

³⁸ SIMAS FILHO, Fernando. A prova na investigação de paternidade. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 1999. p. 69

exame de DNA ou haja negativa das partes para o mesmo. Tem grande importância para comprovação das relações sócio-afetivas. A prova testemunhal ocorre na audiência de instrução e julgamento, podendo as testemunhas serem arroladas de ofício pelo juiz ou por provocação do MP.

A prova documental serve “*para a formação de um juízo valorativo acerca da efetiva existência da relação afetiva no período de concepção do investigante*”³⁹, não sendo suficiente como meio de prova para reconhecer o estado de filiação.

A prova pericial, mesmo antes do advento do exame de DNA, tinha grande destaque no campo probatório, através de exames e contrastes de imagens, o juiz poderia somar os resultados para o seu livre convencimento. O exame mais usado era o de identificação do grupo sanguíneo (Rh e sistema ABO), onde a negativa já poderia excluir a paternidade, sendo um precursor do exame de DNA. O exame chamado de hematológico foi criticado por Maria Helena Diniz, vejamos:

*O exame de sangue, adequado para excluir a paternidade se o filho e o pretense pai pertencerem a diverso grupo sanguíneo; porém, se do mesmo grupo, não se pode proclamar a filiação, mas tão-somente a mera possibilidade da relação biológica da paternidade, devido à circunstância de que os tipos sanguíneos e o fator Rh, embora transmissíveis hereditariamente, são encontrados idênticos em milhões de pessoas. Assim, se o tipo de sangue for o mesmo no investigante e no investigado, isso não quer dizer que sejam parentes, pode ser mera coincidência. O exame hematológico é prova negativa, só serve para excluir a paternidade.*⁴⁰

Outro meio de prova pericial foi explicado também pela grande mestra da PUC/SP, tratamos do exame prosopográfico:

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 556

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 410-411

O exame prosopográfico, que consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se uma a outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz de cabelo, etc), porém, ainda que prove semelhança entre os dois, não autoriza afirmar o vínculo jurídico, pois semelhanças não induz relação de parentesco. ⁴¹

Tais meios eram meramente excludentes de paternidade, não podendo se afirmar com certeza científica a filiação, com o advento do DNA a prova pericial tomou outros rumos, quando este é possível de ser obtido, é usado com prevalência, porém muitos doutrinadores afirmam que este meio não deve ter preferência ou exclusividade, devendo todos os meios de provas possíveis serem abarcados.

A questão da popularização do exame de DNA em sede de investigação de paternidade oferece um endeusamento da genética, já que o exame não oferece 100% de certeza, não se sabe a confiabilidade dos inúmeros laboratórios que analisam as amostras genéticas. Tal preocupação alcançou os tribunais superiores, tendo a 4ª Turma do STJ no REsp. n. 1.068.836/RJ decidido em julgamento do ano de 2010 que “não se pode imprimir à negativa de exame de DNA o caráter de presunção absoluta, especialmente quando não for ofertada nenhuma prova favorável ao autor”. Porém para os autores e na prática, o exame é chamado de *impressão digital genética*, tamanha importância dada para este, sendo que presunções legais são substituídas facilmente pela execução do mesmo.

O exame de DNA esbarrou em outro percalço, a possível recusa do investigado em se submeter ao exame. Estava em conflito o direito à identidade e do outro a integridade física do réu, pois não havia como obrigar este a se submeter a coleta de material genético para o exame. Então a negativa acabava indo em seu benefício pois a ação acabava sendo julgada improcedente por insuficiência de provas. A súmula 301 do STJ dirimiu a questão e afirma que “*Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*”. Importante salientar que esta presunção não se faz absoluta, é necessário a apreciação de um conjunto de fatos probatórios, como indícios que o pai ou mãe tenha tido realmente uma relação com a parte contrária.

⁴¹ IDEM 39. p. 410

Importante salientar que atualmente tem se admitido a investigação da relação avoenga, quando morto está quem na verdade deveria ser o investigado, porém já foi firmado que a súmula citada não serve para os supostos avôs.

O exame encontra dificuldades também em sua execução por fatores econômicos, devido ao seu custo elevado. Nem todos litigantes tem condições de arcar com aquele de forma particular, sendo necessário recorrer à assistência judiciária gratuita, o que acarreta demora e uma longa espera.

CAPÍTULO III A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

3.1 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada oferece hipóteses em que pode ser modificada, podendo ser analisada novamente e ter seu conteúdo rediscutido, porém não de modo absoluto e irrestrito, nosso ordenamento oferece suporte e hipóteses para tal. A ideia da relativização da coisa julgada não é recente, porém a ampliação do movimento devido os casos concretos se torna maior. A mitigação deste instituto vem se admitindo para que grandes injustiças não sejam cometidas

A ação rescisória se trata do modo mais comum em que a coisa julgada pode ser atingida, analisaremos em tópico a seguir de modo mais preciso. Aquela tem previsão no Código de Processo Civil, prazo de dois (02) anos para propositura, tendo cabimento em casos de injustiça e invalidade da coisa julgada.

A *Querela nullitatis* não está regulamentada, porém tem previsão legal no CPC (arts. 475-L, I e 741, I), sendo cabível em ausência ou nulidade de citação que gerou revelia, não havendo prazo, seu objetivo é exclusivamente controle da coisa julgada por invalidade.

As sentenças que tiverem suas fundamentações em lei ou ato normativo que vierem a serem declarados inconstitucionais ou incompatíveis com a CF, pelo STF, podem ser revistas através dos instrumentos descritos no art. 475,-L, § 1º e 741, parágrafo único do CPC.

Os erros materiais são passíveis de retificação a qualquer tempo, são os erros objetivos, como descrito no art. 463 do CPC.

Veremos a seguir os assuntos de forma mais detalhada, bem como a relativização nas ações de investigação de paternidade e os princípios que se esbarram na questão.

3.1.1 AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória tem como objetivo impugnar as sentenças de mérito, já transitadas em julgado, tendo natureza de ação, está prevista nos arts. 485 e 1.030 do CPC, com competência originária de um tribunal e com prazo decadencial de

dois anos (art. 495, CPC: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”). As hipóteses elencadas no art. 485 do CPC são:

“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - 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;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

Pontes de Miranda defende que ação rescisória é ação contra a sentença, e não um recurso, é outra relação jurídica processual. Uma sentença que já transitou em julgado se desconstitui.⁴² Importante lembrar que as hipóteses acima listadas são taxativas, ou seja, somente os descritos no referido artigo, sendo inadmissível ação rescisória nos casos não previstos expressamente em lei, não cabendo analogia.

A ação tem força constitucional, (art. 5º, LIV - devido processo legal), porém o legislador que disciplina o tema de forma infraconstitucional.

3.1.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Quando a coisa julgada não está em consonância com a nossa Carta Magna, falamos em inconstitucionalidade, estaremos diante de um vício que deve ser sanado.

⁴² MIRANDA, Pontes de. Tratado da Ação Rescisória da Sentenças e Outras Decisões. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 115

A coisa julgada inconstitucional, para muitos doutrinadores, pode encontrar suporte no art. 485, V, do CPC, citado anteriormente, para que a ação rescisória seja utilizada como meio jurídico para sanar tais problemas. Porém, o prazo de dois anos decadenciais não são admitidos, o que se sustenta é que para o regime de inconstitucionalidade não há prazo, podendo o vício ser reconhecido a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Para nossa problemática, as ações julgadas após o advento do exame de DNA, em que este meio não foi utilizado para esgotamento dos meios de prova, podemos entender que figurará um caso de violação das regras atinentes ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Devendo neste caso ser revista devido a sua inconstitucionalidade.

3.3 A RELATIVIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Pudemos ver que a relativização foi prevista pelo próprio legislador, podendo a coisa julgada ser revista em várias circunstâncias, e de várias maneiras.

Porém, já há algum tempo alguns doutrinadores vem defendendo a relativização da coisa julgada atipicamente, ou seja, fora do já previsto por nossa legislação, com base de que as hipóteses não seriam suficientes para todos os casos, principalmente quando fosse injusta ou inconstitucional a decisão proferida. Os maiores defensores são Humberto Teodoro Jr.⁴³ e Dinamarco⁴⁴. Porém a corrente contrária é muito maior, seguindo uma lista de nomes importantes no mundo jurídico, como Barbosa Moreira⁴⁵, Fredie Didier⁴⁶, Nelson Neri Jr., Marinoni, entre muitos outros. Há alguns autores que admitem de forma mais relativa, como Alexandre Câmara⁴⁷ (que admite a relativização para casos de inconstitucionalidade e não casos de injustiça) e Scarpinella Bueno⁴⁸.

⁴³ THEODORO JR., Humberto. FARIAS, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Belo Horizonte, 2001

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Nova Era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 217

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 451-459

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2012. p 452

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 465

⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 403

O sentido de defesa reside no fato de que se a decisão for absurda, deveria haver a possibilidade de ser revista a qualquer tempo, mesmo que não seja alcançada pelas hipóteses típicas de revisão, ou seja, “*cria-se uma cláusula geral de revisão da coisa julgada*”⁴⁹.

Em alguns casos, a jurisprudência começou a seguir o movimento, de forma sutil, nos casos de desapropriação, permitindo a mudança do valor fixado, assim como no nosso objeto de estudo, as ações de investigação de paternidade que foram finalizadas sem o exame de DNA.

Muito se discute sobre o prazo da ação rescisória, que não deveria ser único, deveria variar conforme o caso. Seguindo nesta linha o STF redigiu o Enunciado 149, que nos traz “*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*”. Os autores que firmam na contrariedade da relativização atípica por injustiça, afirmam que isso abriria portas para um revisão em todos os casos, e do mesmo modo não significaria justiça em uma segunda decisão.

3.4 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COMO MEIO DE JUSTIÇA

Com o advento do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, a origem genética pode ser afirmada com elevadíssimo grau de certeza, simplificando a fase probatória do processo, porém sem deixar de lado os outros meios de prova. Porém, este exame é relativamente recente, então traz a tona o questionamento de que se as decisões que fizeram coisa julgada sem a utilização deste meio de prova devam ser reanalisadas ou não.

A coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido constituem o princípio da segurança jurídica, tendo respaldo constitucional. A coisa julgada já em sua definição no CC, art. 6º nos traz que a coisa julgada se trata de “*decisão judicial de que já não caiba recurso*”. Para Maria Christina Almeida:

“Isto leva a repensar o instituto da coisa julgada no direito de família, em especial nas ações de investigação de paternidade, em face de profundas alterações axiológicas consagradas pela Constituição

⁴⁹ LOURENÇO, Haroldo. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Forense, 2012. p. 464

Federal de 1988, reforçadas pelo avanço incontestado da engenharia genética”⁵⁰

A discussão, podemos dizer, é recente, não há ainda um consenso sobre o assunto. Já em julgados anteriores houveram distintas opiniões na alta Corte, senão vejamos trechos de dois julgados do mesmo Ministro Relator, Menezes Direito, contrários à relativização da coisa julgada a respeito de nosso tema:

“Seria terrificante para o exercício da jurisdição se fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada, que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes; se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria”⁵¹

“A existência de um exame de DNA, posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado que reconheceu 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”⁵²

Autores contrários, como Haroldo Lourenço nos traz:

(...) na investigação de paternidade, o elemento genérico não é imprescindível para a relação familiar e, permitir a revisão da coisa julgada por essa razão, seria relativizar as relações de afeto inerentes à família. Coisa julgada é um direito fundamental, exercendo um limite sobre a jurisdição, não podendo ser revista de maneira atípica, pois a justiça é construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente, bem como não se pode teorizar

⁵⁰ ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de Paternidade e DNA*, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 167

⁵¹ *Terceira Câmara, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, REsp. nº 107248/GO, julgado em 07/05/1998, publicado em 29/06/1998, DJ p. 160*

⁵² STJ, REsp 1107.248-GO, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, j. 7-5-1998

*o absurdo casuístico e pontual ocorrido em situações excepcionais.*⁵³

O STF, mesmo sendo rigoroso em relação ao assunto, permitiu a relativização da coisa julgada, dando permissão para nova ação de investigação de paternidade, buscando o direito fundamental da busca à identidade genética. Vejamos o RE 363889-DF:

*“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 BENEFICIÁRIO 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.”*⁵⁴

⁵³ LOURENÇO, Haroldo. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Forense, 2012. p. 466

⁵⁴ STF - RE: 363889 DF , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011

O STJ mesmo sendo mais maleável sobre o assunto, se mostrou divergente entre suas turmas, inicialmente, em REsp do ano de 1998 rejeitou a pretensão, considerando ser “...terrificante para o exercício da jurisdição se fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social”⁵⁵, porém, pouco tempo depois o posicionamento foi contrário ao anterior, levando a uma diferente filosofia, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na

⁵⁵ AÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. 1. SERIA TERRIFICANTE PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO QUE FOSSE ABANDONADA A REGRA ABSOLUTA DA COISA JULGADA QUE CONFERE AO PROCESSO JUDICIAL FORÇA PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA SOCIAL, DIRIMINDO OS CONFLITOS EXISTENTES. SE, FORA DOS CASOS NOS QUAIS A PRÓPRIA LEI RETIRA A FORÇA DA COISA JULGADA, PUDESSE O MAGISTRADO ABRIR AS COMPORTAS DOS FEITOS JÁ JULGADOS PARA REVER AS DECISÕES NÃO HAVERIA COMO VENCER O CAOS SOCIAL QUE SE INSTALARIA. A REGRA DO ART. 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL É LIBERTADORA. ELA ASSEGURA QUE O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COMPLETA-SE COM O ÚLTIMO JULGADO, QUE SE TORNA INATINGÍVEL, INSUSCETÍVEL DE MODIFICAÇÃO. E A SABEDORIA DO CÓDIGO É REVELADA PELAS AMPLAS POSSIBILIDADES RECURSAIS E, ATÉ MESMO, PELA ABERTURA DA VIA RESCISÓRIA NAQUELES CASOS PRECISOS QUE ESTÃO ELENCADOS NO ART. 485. 2. 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. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO (STJ - REsp: 107248 GO 1996/0057129-5, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 07/05/1998, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.1998 p. 160 JSTJ vol. 6 p. 226 LEXSTJ vol. 111 p. 130 RDR vol. 13 p. 324 RMP vol. 11 p. 540 RSTJ vol. 113 p. 217)

busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum."⁵⁶

É destarte saber que em segundo grau de jurisdição há também decisões favoráveis à reabertura de casos que fizeram coisa julgada sem o exame de DNA.

Podemos perceber que a jurisprudência vem mudando seu modo de agir, mitigando os efeitos da coisa julgada quando se trata de investigação de paternidade em ação julgada anterior ao advento do exame de DNA, tendo como resultado improcedência por insuficiência de provas. Tem como base que a decisão monocrática que não decretou a filiação, apenas por não haver provas suficientes não atinge a coisa julgada material, já que não foi excluída a paternidade de forma expressa. Vejamos o julgado a seguir nesta linha de pensamento:

*"(...)não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa e considerando a ausência do exame de DNA, admite-se o ajuizamento de 'ação investigatória', ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido, devendo a 'coisa julgada', em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, ser interpretada modus in rebus visando a atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum"*⁵⁷

Na mesma linha segue para conhecimento: *"Indeferimento da inicial. Coisa julgada. Não caracterização. Decisão anterior que julgou improcedente a ação por insuficiência de prova. Acesso do autor ao exame de DNA. Prosseguimento do feito"*⁵⁸. *"Coisa julgada. Inocorrência. Acordo de reconhecimento de paternidade homologado em juízo. Caracterização de erro substancial em decorrência da*

⁵⁶ STJ - REsp: 226436 PR 1999/0071498-9, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 28/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.02.2002 p. 370RBDF vol. 11 p. 73RDR vol. 23 p. 354RSTJ vol. 154 p. 403. Grifo pessoal.

⁵⁷ RSTJ, 154/403; TJMG, Ap. Cív. 264.746-9/00, 3ª Câmara Cív., rel. Des. Isalino Lisboa, DJMG, 9-4-2003

⁵⁸ JTJ, Lex, 259/163

exclusão de paternidade comprovada em exame de DNA. Anulação da decisão homologatória que se impõe. Ato jurídico de cognição sumária, porque não examina o mérito da causa” ⁵⁹.

Ainda no entendimento do STJ, mesmo quando há reconhecimento de paternidade expresso em sentença, porém com novo documento capaz de assegurar um pronunciamento favorável, neste caso o exame de DNA, que se torna prova existente porém desconhecida até o momento, admite-se então o ajuizamento de ação rescisória. Em julgado do TJMG, essa corrente é benéfica e traz o ‘Direito Real da Verdade’, e a proteção do ‘Direito Personalíssimo da Pessoa’ ⁶⁰.

É defeso que independente do motivo pelo que não foram produzidos todos os meios de prova, seja por inércia do Estado-juiz, das partes ou dos advogados, nos casos de ações de paternidade não se faz coisa julgada material, devendo o exame de DNA ser parte importante para decisão, além das provas documental, testemunhal, depoimento pessoal e perícia. Com grande maestria, Maria Berenice Dias intercede sobre o assunto:

*“(…) a ausência de prova não permite a formação de um **juízo de convicção**. Não pode restar selado, pelo manto da imutabilidade, que o réu não é 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 de vínculo de filiação. (...) A impossibilidade de formação de um juízo de certeza leva à **extinção do processo sem resolução do mérito** (Art. 267, IV do CPC), e não uma sentença de mérito, esta, sim, sujeita a imodificabilidade. De qualquer forma, mesmo julgada improcedente a ação, a sentença não gera coisa julgada a ponto de inviabilizar a volta ao Judiciário.”* ⁶¹

A ilustre doutrinadora, segue em seus julgados, como Desembargadora, a mesma linha de pensamento. Senão vejamos:

⁵⁹ RT, 802/165

⁶⁰ Ap. 1.0000.00.336.636-6/000, 2ª Câmara, rel. Des. Francisco Figueiredo, DJMG, 16-12-2003. No mesmo sentido: “Rescisória. Documento novo. Caracterização. Exame de DNA. Sistema cedente por insuficiência de provas, sem o exame do mérito. Tem-se decidido, com efeito, que “a decisão monocrática que não decreta ser ou não o investigante filho do investigado, por não apreciar o mérito, não impede que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual, inexistindo afronta à coisa julgada material”

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 406

*“Investigação de paternidade. Coisa julgada. Possível a renovação da demanda investigatória quando a ação anterior foi julgada improcedente por falta de provas e não foi realizado o exame de DNA. Os preceitos constitucionais e da legislação de proteção ao menor se sobrepõem ao intuito da coisa julgada, pois não há como negar a busca da origem biológica. Alimentos. Procedente a ação de investigação de paternidade, a verba alimentar deve ser concedida pelo magistrado, ainda que a parte autora não tenha postulado, nos termos do art. 7º da Lei 8.569/1992. Agravo desprovido”*⁶²

*“Negatória de Paternidade. Coisa julgada material. Cabimento de nova Ação para colher exame de DNA. Prova de filiação Socioafetiva. A filiação socioafetiva se sobrepõe à verdade presumida da Constituição Federal devem se sobrepor ao instituto da coisa julgada. Impositiva a desconstituição da sentença para que seja reaberta a instrução, para realização da prova de filiação socioafetiva e do exame de DNA. Sentença desconstituída, por maioria”*⁶³

Houve inclusive, tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional, de número 116/2001, de autoria do senador Walmir Amaral, a proposta era de alteração do art. 8º da Lei n. 8.560-92 para que passasse a ter o seguinte parágrafo: “A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômica (DNA), não faz coisa julgada”. Porém em relatório, no fim do ano de 2003, do Senador Demóstenes Torres, este votou pela rejeição do Projeto, sendo então arquivada a proposta no ano de 2007.

A jurisprudência atual acabou por admitir que o filho voltasse a juízo quando a demanda não resultou em provas com grandes graus de certeza, por ausência de prova pericial, ou quando a ação julgada procedente não conferia grandes certezas, podendo assim a paternidade ser descontinuada caso não fosse a verdade real.

O STJ foi o grande precursor para um firmamento maior deste entendimento, já que grandes juristas e grandes processualistas ainda se mantêm em resistência ao assunto, afirmando ser uma violação à segurança jurídica. Vejamos informativo, da Quarta Turma, que firmou o entendimento:

⁶² TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70.004.042.958. Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias. J. 15.05.2002

⁶³ TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70.011.437.662. Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias. J. 01.06.2005

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL.

É possível a flexibilização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, na situação em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova. Assim, configurada a exceção, não se pode impedir o ajuizamento de nova ação destinada a garantir o direito fundamental do interessado de investigar a ascendência genética, mediante a utilização do exame de DNA, que fornece elementos de convicção quase absolutos do vínculo de parentesco.”⁶⁴

3.5 PRINCÍPIOS EM CONFLITO

Os princípios, explícitos ou não no ordenamento jurídico, são a síntese dos valores de enrustidos neste, espelhando a ideologia da nossa sociedade, dando melhor entendimento ao sistema.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello os princípios são a base para as decisões e:

*“(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.*⁶⁵

Na discussão em questão, de um lado, se busca preservar o *homo juridicus* realista, visando a segurança jurídica como valor imediato conferido pelo Direito para que se concretize uma sociedade organizada, mesmo que a injustiça possa surgir, ao ver da corrente. De um outro lado o que se permeia é o *homo juridicus* idealista, onde o valor da justiça é maior do que o da segurança jurídica, esta seria apenas um suporte para aquela.

⁶⁴ Informativo Nº: 0512. Período: 20 de fevereiro de 2013. Precedentes citados do STF: RE 363.889-DF, DJe 16/12/2011; do STJ: REsp 226.436-PR, DJ 4/2/2002, e REsp 826.698-MS, DJe 23/5/2008. REsp 1.223.610-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/12/2012.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 883

Rolf Madaleno defende que:

“Não há o menor sentido prático em seguir negando a real identidade civil da pessoa humana pelo manto absoluto da coisa julgada, quando a ciência é capaz de fornecer métodos seguros para verificar a existência do liame biológico de filiação e resgatar os vínculos que foram juridicamente decretados pelos meios probatórios tradicionais”.⁶⁶

A coisa julgada não pode ser uma parede de concreto ou um santo a ser cultuado se por outro lado ela esteja afrontando a sociedade e a pessoa humana. Não podemos desconsiderar a sua importância, porém não devemos admiti-la como irreduzível, causando afronta a dignidade da pessoa humana. O que se deseja não é a banalização da relativização, mas sim uma reformulação condizente com a justiça, levando em conta a moral, a honestidade, o direito à filiação, a busca pela verdade real e a dignidade da pessoa humana.

O objetivo e ideal seria uma conciliação entre justiça e segurança jurídica, de forma plena, mas seria platônico acreditar em tal para todos os casos. Nossa rigidez e ligação com ordenamento jurídico não nos confere liberdade para analisar caso a caso, como o modelo seguido pelo *common law*, estamos engessados em um modelo que muitas vezes leva à injustiça apenas pelo fato de leis processuais não permitirem que seja feito o melhor. No conflito entre os valores que a nossa Carta Magna tutela, deveria prevalecer o de maior importância para a pessoa humana, respeitando o direito da personalidade e considerando o princípio da razoabilidade.

Nossa atual jurisprudência segue uma corrente para se valorizar e prezar o direito de personalidade, que tem base na nossa Constituição Federal, já que não poderia se falar em coisa julgada quando os elementos não são fortes o suficiente para serem probatórios. Outra questão que se leva em questão é a coercitividade de levar alguém a ser pai de outrem sem ser pai biológico e muito menos ter vínculos de convivências. Aqui vemos o equilíbrio e o sentido que hoje a nosso direito caminha, de família não como laços consanguíneos, mas de laços emocionais, levando em conta as relações formadas e as atitudes tomadas de própria vontade, como o reconhecimento de paternidade espontâneo.

Porém no desconforto entre o conflito do princípio da segurança jurídica e do princípio dos direitos de personalidade, temos que avaliar outro princípio, o da proporcionalidade, para ver o que está disposto e qual tem mais valia. O interesse público, impondo a consagração da coisa julgada e o direito fundamental à

⁶⁶ MADALENO, Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes Temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 301

identidade devem estar em uma balança, onde aquele deve se adequar a nova realidade, que se existisse previamente, teria determinado a lide na ocasião, na qual a sentença não alcançou mas uma ação revisional o faria com mais justiça.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender o atual caminho que o tema da relativização da coisa julgada vem seguindo dentro do campo das ações de investigação de paternidade julgadas antes do advento do exame de DNA.

Podemos perceber que de um lado o princípio da segurança jurídica se confronta com o da dignidade da pessoa humana, bem como o direito de personalidade.

Analisando o tema, como opinião pessoal, creio que a relativização seguiu um caminho para o maior alcance da justiça, onde nossos Tribunais Superiores vem decidindo, caso a caso, pelo melhor entendimento de que o direito de personalidade não pode ser deixado de lado. O que se analisa não é uma quebra de confiança no judiciário, mas sim uma certeza maior de que podemos, através dele, encontrar respaldo e segurança para que os reais interesses sejam preservados.

Se ao momento da ação não existia um meio que pudesse provar de maneira mais concreta um fato, então a nova prova pericial tem que vir a tona em nova ação, para que o vínculo biológico seja disposto de forma mais real e certa. Uma paternidade falsa gera uma violação lastimável à dignidade humana, devendo esta se sobrepor à garantia da coisa julgada material.

Não contestamos a importância do instituto da coisa julgada, mas sim sua flexibilização conforme nossa sociedade evolui, devendo ser colocado à mesa os conflitos existentes e que se pese para que os interesses mais importantes sejam levados em conta. A justiça não é rígida e imutável, devendo ser moldada para que se evolua para que a igualdade seja alcançada.

A efetividade do processo é alcançada não através da banalização da coisa julgada, mas sim na busca do equilíbrio das garantias constitucionais, é a formalização da Democracia que conseguimos ao longo do tempo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. O controle da coisa julgada inconstitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2006.

ALMEIDA, Maria Christina. Investigação de Paternidade e DNA, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 16 ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil, tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Saraiva, 1999, volume I.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e nos Direitos das Sucessões. Niterói: Impetus, 2010.

CASTRO, Guilherme Couto. Direito Civil - Lições: Parte Geral, Obrigações, Responsabilidade Civil, Reais, Família e Sucessões. Niterói: Impetus, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. ed. rev. atual e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

_____. Relativizar a coisa julgada material. Nova Era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. Direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento (2a parte) e procedimentos especiais. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 - Direito de Família. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas: Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em: 29 set. 2014.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

LOURENÇO, Haroldo. Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Forense, 2013

MADALENO, Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes Temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Curso de Direito de Família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus: Saraiva, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento, 2ª Edição, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes de. Tratado da Ação Rescisória da Sentenças e Outras Decisões. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 5, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES, de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1979

PUCCINELLI JUNIOR, André. Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. Doutrina e Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Vol. 6. Direito de Família – São Paulo, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis. Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, vol.2 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Atualizado por KOHNEN, Maria Beatriz Amaral Santos. Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 3. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIMAS FILHO, Fernando. A prova na investigação de paternidade. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

_____. FARIAS, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Belo Horizonte, 2009

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família, volume 6. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direito Civil: direito de família. 3. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2003.

VERAS, Ney Alves; SANTANA, Alexandre Ávalo; SILVA, Cid Eduardo Brown; ANDRADE NETO, José; PEREIRA, Luís Cláudio Alves. Coordenador: PUCCINELLI JUNIOR, André. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VILELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação: verdades e superstições, Revista brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, n.2, 1999

WALD, Arnoldo. O novo direito de família. 13a Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.