

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

BÁRBARA NELY DE CARVALHO LISBOA

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

JOÃO PESSOA
2015

BÁRBARA NELY DE CARVALHO LISBOA

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Monografia apresentada à Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com o Tribunal de Justiça da Paraíba, como requisito para obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

**Orientador: Me. Antonio Carlos Iranlei
Toscano Moura Domingues**

**JOÃO PESSOA
2015**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

F814r França, Bárbara Nely de Carvalho Lisboa.
Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade [manuscrito] / Bárbara Nely de Carvalho Lisboa França. - 2015.
63 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2019.
"Orientação : Prof. Me. Antonio Carlos Iranlei Toscano Moura Domingues, UFPB - Universidade Federal da Paraíba ."
1. Investigação de paternidade. 2. Coisa julgada. 3. Relativização. I. Título

21. ed. CDD 347.6

BÁRBARA NELY DE CARVALHO LISBOA

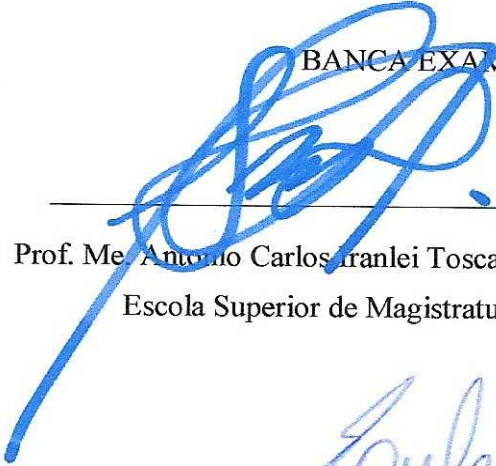
**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Monografia apresentada à disciplina Metodologia da Pesquisa do Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, como requisito para obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

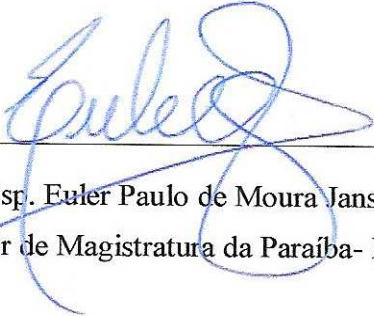
Aprovada em: 17/09/2015

Nota: 8,0 (oito)

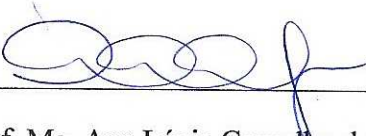
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Antonio Carlos Franlei Toscano Moura Domingues (Orientador)
Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB



Prof. Esp. Euler Paulo de Moura Jansen
Escola Superior de Magistratura da Paraíba- ESMA-PB



Prof. Me. Ana Lúcia Carvalho de Souza
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me concedeu o dom da vida e me permite caminhar com fé sempre. E, claro, à minha família, fonte inesgotável de amor, apoio, dedicação e confiança, para que possa seguir firme em meus propósitos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que com seu amor imensurável sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, derramando bênçãos ao longo da minha vida e me proporcionando dias maravilhosos de felicidade, de luta e de aprendizado, concedendo-me força, foco, determinação e aumentando minha fé cada vez mais para que eu seguisse firme na minha caminhada.

Aos meus pais, José Hailton de Oliveira Lisboa e Rita Amorim de Carvalho Lisboa, meus alicerces - todo agradecimento é pouco para tanto amor, dedicação e proteção que tiveram e têm comigo -, sempre preocupados com valores e educação, buscando incentivar ao máximo as minhas escolhas profissionais.

A minha irmã, Jéssica Vanessa de Carvalho Lisboa, pela paciência nos momentos de tensão e, principalmente, por ser uma irmã maravilhosa, companheira e amiga.

A todos os meus familiares – mesmo aqueles que já se foram, como meus avós - por todo incentivo na carreira jurídica e valorização dos meus conhecimentos.

Ao meu noivo Bruno França Amaro, por estar sempre ao meu lado, independentemente das circunstâncias, me dando amor, carinho, atenção e suporte emocional.

Ao meu orientador, Antonio Carlos Iranlei Toscano Moura Domingues e ao professor Euler Paulo de Moura Jansen, exemplos de pessoas cristãs e profissionais, que, com seus conhecimentos, experiências, dedicação, calma e paciência, possibilitaram a elaboração e finalização desta monografia, empenhando-se ao máximo em cada pequeno detalhe.

Aos funcionários da Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA/PB), que, em meio a tantos afazeres, nunca se negaram a atender aluno algum com gentileza e tranquilidade.

Sou extremamente grata a todos.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a coisa julgada, a qual não pode ser compreendida como um instituto de caráter absoluto e intransponível, haja vista que tal visão acarretaria na violação de outros princípios de ordem constitucional de mesma ou superior importância, por intermédio da avaliação de cada caso na sua concretude, pois, do contrário, haveria a indesejável eternização de situações demasiadamente injustas ou inconstitucionais. A investigação a ser realizada se caracteriza como uma pesquisa aplicada e responderá a uma questão prático-jurídica: se há a possibilidade de se relativizar a coisa julgada nessa hipótese, coletando conceitos, os quais serão apresentados numa linha lógica e cronológica, tendo por fontes de leitura a própria ordem de estruturação do sistema, e tomando-se por percurso o exame da lei, da doutrina e da jurisprudência. A pesquisa será dogmática e terá caráter descritivo, seus dados serão obtidos por meio da literatura revisada, configurando-se numa pesquisa bibliográfica e documental. Do ponto de vista temporal, o estudo será transversal e analisar-se-ão julgados desde a época em que não existia a prova pericial até os dias de hoje. O método adotado, enfim, será o qualitativo e conduzirá uma pesquisa interpretativa. Inaugura-se o estudo por meio da conceituação da coisa julgada, da delimitação de suas espécies, como também se analisam os limites e efeitos dela decorrentes. Em seguida, abordar-se-ão os pontos: paternidade, os critérios que a configuram, as formas pelas quais seu reconhecimento é realizado, para, assim, destrinchar o que seria a ação investigatória de paternidade e alguns de seus aspectos mais relevantes para a questão em comento. Por fim, fundir-se-ão os temas anteriormente retratados no trabalho para, então, adentrar propriamente no âmago do assunto versado no estudo que ora se apresenta.

Palavras-chave: Investigação de Paternidade. Coisa julgada. Relativização.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the *res judicata* which cannot be understood as an institute of absolute character and impassable, there is a view that such a vision would result in the violation of other principles of constitutional order of same or higher importance, through the evaluation of each case in its concreteness, because, otherwise, there would be no undesirable externalization of situations too unjust or unconstitutional. The research being carried out is characterized as an applied research and respond to a practical and legal issue: whether there is the possibility to relativize the *res judicata* in this case, collecting concepts, which will be presented in a logical and chronological line, taking it from a reading the very system structuring order, and taking as a route examining the law, doctrine and jurisprudence. It will be dogmatic and descriptive; your data will be obtained through the reviewed literature, setting up a bibliographical and documentary research. From a temporal point of view, the study will cross and analyze judged cases from the time that there was no expert evidence to this day. The method adopted will be the qualitative and lead an interpretive research. The study started by means of the concept of *res judicata*, the delimitation of its species, but also to understand the limits and effects arising therefrom. Then, it will address the points: fatherhood, the criteria that the shape, the ways in which its recognition is carried out, for, so, carving and that would be the investigatory action of fatherhood and some of its aspects most relevant to the issue in comment. Finally, will merge the topics previously depicted at work, then, to penetrate exactly at the heart of the matter well versed in the study that now presents itself.

Keywords: Fatherhood investigation. *Res iudicata*. Relativization.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição Federal
CPC – Código de Processo Civil
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
Art./art. – Artigo/artigo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
RE. – Recurso Extraordinário
REsp. – Recurso Especial
AC. – Apelação Cível
AI. – Agravo de Instrumento
TJ – Tribunal de Justiça
Min. – Ministro
Des. – Desembargador
rev. – revisada
atual. – atualizada
ampl. – ampliada
v. – volume
ed. – edição

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 DA COISA JULGADA.....	15
2.1 CONCEITO DE COISA JULGADA.....	16
2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.....	18
2.3 LIMITES DA COISA JULGADA.....	21
2.3.1 Limite temporal.....	21
2.3.2 Limite objetivo.....	21
2.3.3 Limite subjetivo.....	24
2.4 EFEITOS DA COISA JULGADA.....	26
3 DA PATERNIDADE.....	28
3.1 CRITÉRIOS DE CONFIGURAÇÃO DA PATERNIDADE.....	30
3.2 RECONHECIMENTO DOS FILHOS.....	33
3.3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	35
3.3.1 Legitimidade.....	38
3.3.1.1 Legitimidade ativa.....	38
3.3.1.2 Legitimidade passiva.....	39
3.3.2 A prova nas ações de investigação de paternidade.....	40
4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	46
4.1 TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO.....	46
4.1.1 A teoria relativizadora aplicada à investigação de paternidade.....	48
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COLIDENTES.....	50
4.3 CRÍTICAS DIRIGIDAS À RELATIVIZAÇÃO.....	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O estudo a ser realizado tem o intento de analisar a relativização da coisa julgada, mais especificamente nas ações de investigação de paternidade, quando os processos a elas referentes restaram indefinidos em virtude da ausência ou insuficiência de provas (os casos em que à época da sentença inexistia o exame de DNA ou se podia ter produzida tal prova pericial, mas que, por omissão assistencial do Estado este não fora realizado).

Dessa forma, perguntar-se-á: é sensato permitir a impugnação tardia e extemporânea, após o prazo de dois anos previsto em lei para a propositura de ação rescisória,¹ de uma sentença de mérito de ação de que vise à verificação da paternidade sem que isso resulte na violação do princípio da segurança jurídica?

Até meados da década de 1990, o entendimento predominante era o da irreversibilidade das decisões transitadas em julgado. Somente se admitia a sua modificação em sede de ação rescisória, nos casos previstos em lei.

Diante da evolução científica e tecnológica, a precisão quase que absoluta trazida pelo exame de código genético (DNA) fez nascer a discussão da possibilidade de relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, quando essa já houver sido constituída fundada em basicamente em indícios ou provas vagas.

A coisa julgada, embora constitucionalmente apresentada como garantia fundamental, não pode ostentar caráter intangível quando em confronto com outros princípios de igual ou superior relevo amparados pelo sistema jurídico, ainda que em prol da segurança jurídica, a qual buscam preservar a todo custo.

De acordo com o texto constitucional e infraconstitucional (Lei nº. 8.560/92², com posterior alteração pela Lei nº. 12.004/2009³), por se tratar de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, pode-se questionar a condição de filho, ou de pai, com base em

¹ BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

² BRASIL. Lei nº. 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de dez. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L8560.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

³ BRASIL. Lei nº. 12.004 de 29 de julho de 2009. Altera a Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

novos elementos, reabrindo a discussão no Judiciário e, com isso, evita-se a perpetuação de uma situação inverídica e injusta.

Destarte, os direitos da personalidade devem ser sopesados com os demais direitos consagrados no texto constitucional e todas essas considerações levam a ponderar e repensar o equilíbrio dos valores de justiça e de segurança. No estado democrático de direito, não deve ser permitida a superestimação da proteção constitucional da coisa julgada, uma vez que essa proteção é relativa diante de situações como esta, que violam frontalmente a dignidade da pessoa humana.

A investigação a ser realizada se caracteriza como uma pesquisa aplicada⁴ e responderá a uma questão prático-jurídica: se há a possibilidade de se relativizar a coisa julgada nessa hipótese, coletando conceitos, os quais serão apresentados numa linha lógica e cronológica, tendo por fontes de leitura a própria ordem de estruturação do sistema, e tomando-se por percurso o exame da lei, da doutrina e da jurisprudência.

A pesquisa será dogmática⁵ e terá caráter descritivo⁶, seus dados serão obtidos por meio da literatura revisada, configurando-se numa pesquisa bibliográfica e documental⁷. Do ponto de vista temporal, o estudo será transversal e analisar-se-ão julgados desde a época em que não existia a prova pericial até os dias de hoje⁸. O método adotado, enfim, será o qualitativo e conduzirá uma pesquisa interpretativa⁹.

No primeiro capítulo será abordado o instituto da coisa julgada, no qual será delineada a proteção que esta recebe no ordenamento jurídico, por meio da conceituação do instituto na visão doutrinária, explicando as diferenças entre coisa julgada formal e material, seus limites temporais, objetivos e subjetivos e, ao final, será abordado o tema relativo aos efeitos positivos e negativos da *res judicata*.

No segundo capítulo, será mostrada a paternidade em si, seus critérios de aferição - jurídico, biológico e socioafetivo -, as formas de reconhecimento – voluntário e judicial- e, para finalizar, a ação de investigação de paternidade e seus aspectos relevantes.

⁴ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵ IBAIXE JR, João. **Ensino jurídico: entre a pesquisa zetética e dogmática**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2525902>> Acesso em: 10 out. 2013.

⁶ Idem.

⁷ SANTOS, A. R. **Metodologia científica: a construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

⁸ APOLLINÁRIO, Fabio. **Metodologia da ciência: filosofia e prática da pesquisa**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

⁹ DIEHL, Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

Ao final, o terceiro capítulo realiza uma fusão entre os capítulos anteriormente apresentados, onde será tratado o tema central deste estudo, através da análise da teoria relativizadora com a exposição das doutrinas que apoiam a tese e daquelas que a rejeitam. Serão abordados, ainda, os pontos positivos e os riscos da relativização do instituto. Enfim, visando a melhor solução à celeuma, será demonstrado como os Tribunais têm decidido acerca da matéria.

Conforme será observado, existem inúmeros posicionamentos acerca da relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, tendo em vista que o assunto não guarda consigo o espírito de pacificidade. Por esta razão, expor-se-ão as principais teses desenvolvidas pelos doutrinadores e as inclinações dominantes na jurisprudência pátria, por meio de julgados colacionados.

2 DA COISA JULGADA

A coisa julgada é de suma relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, pois essa garantia constitucional confere às decisões jurisdicionais o atributo da segurança jurídica, dá cabo aos conflitos que surgem e instala a harmonia no convívio social. Divide-se em formal e material e encontra lastro legal no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal - CF¹⁰, bem como no Código de Processo Civil a partir do artigo 467.

O instituto não pode ser expurgado do texto constitucional justamente por estar protegido em nível de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da CF)¹¹ sendo elemento basilar do princípio de acesso ao Judiciário para efetivação do direito (art. 5º, XXXV, da CF) que, por seu turno, é atinente ao Estado Democrático de Direito, nos termos aclamados no art. 1º da Constituição Federal¹². É o que pensa Nelson Nery Jr (2004)¹³:

Sua proteção não está *apenas* na CF 5º. XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os *fundamentos da República* (CF 1º.). O Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, *garantia fundamental* - CF 5º. XXXVI), que é a coisa julgada, são *cláusulas pétreas* em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por *decisão judicial* posterior.

A coisa julgada é instituto indispensável ao Estado Democrático de Direito que entre seus primados possui a segurança jurídica, não podendo ser interpretado restritivamente. Dessa forma, deve-se compreender a coisa julgada como direito fundamental dos cidadãos, amparável pelas garantias também previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O direito à coisa julgada assegura que a lei não possa retroagir para modificar casos já decididos, vedando a concessão de qualquer instrumento processual que propicie a

¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

¹¹ Consiste em determinação constitucional rígida e permanente, insuscetível de ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, ainda que por emenda à Constituição. In: **Cláusula Pétrea**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/75622.html>> Acesso em: 10. nov. 2015. Dispõe o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

¹² Art. 1º da Constituição Federal estabelece: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

¹³ NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 511.

reapreciação de decisão já transitada em julgado. Nesse sentido, é o dizer de Cândido Rangel Dinamarco (2009)¹⁴:

Quanto à sua natureza, insculpida no art. 5º, XXXVI da CF, visa, precipuamente, a impedir a retroatividade das leis com o fundamento de prover demandas, na medida do possível, com segurança jurídica. Logo, estabiliza as decisões do Poder Judiciário, estendendo ou projetando os efeitos da sentença de mérito, indefinidamente para o futuro, para protegê-las de modificações posteriores, não amparadas em lei, atingindo, portanto, as “pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura [...] e a lei processual disciplina”.

A correlação da coisa julgada com a segurança jurídica é emblemática quando interpretada restritiva e isoladamente. Nessa direção, apontam Teresa Arruda Alvim e José Miguel Medina¹⁵:

O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: o da *estabilidade* das decisões dos Poderes Públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, por meio de procedimentos legalmente exigidos; o da *previsibilidade*, que “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.

O constituinte, enfim, ciente da essencialidade da coisa julgada ao Estado Democrático de Direito, atribuiu-lhe a natureza de garantia, e, assim, concedeu-lhe lugar privilegiado no bojo do texto da Constituição. Em consequência disso, gerou-se um verdadeiro escudo na decisão jurisdicional, tornando-a imune a alterações ulteriores.

2.1 CONCEITO DE COISA JULGADA

Na doutrina processualista pátria, encontram-se uma infinidade de conceitos, o que se atribuiu à patente dificuldade técnica na construção do conceito de coisa julgada. O nome é oriundo do latim *res iudicata* e significa “bem julgado”.¹⁶

À época do Direito Romano, a primeira acepção registrada sobre o instituto foi a materialista, que a definia como a própria decisão judicial em si e não um atributo desta. Tal concepção deu origem à teoria processual da coisa julgada, a qual se adota atualmente e a define como a imutabilidade da decisão¹⁷.

É o que ratifica José Roberto Nunes Amorim: “Coisa julgada é a imutabilidade da sentença e de seus efeitos formais e materiais, que ocorre com a impossibilidade de

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.p. 220.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 535.

¹⁶ WAMBIER, 2003, loc. cit.

¹⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: relativização da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 22.

apresentação de recurso capaz de modificá-la, consolidando-se com a certidão de trânsito em julgado lançada no processo”¹⁸.

As definições legais do instituto da coisa julgada positivaram-se no parágrafo 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹, bem como no artigo 467 do Código de Processo Civil²⁰.

Contudo, a compreensão do tema não se exaure tão somente nesses dispositivos supramencionados, haja vista seu conceito jurídico ser mais amplo que os parâmetros delimitados pelo legislador²¹.

É de se destacar que a doutrina majoritária inclina-se na corrente trazida por Enrico Tullio Liebman²², o qual define a coisa julgada como “qualidade de imutabilidade do conteúdo e dos efeitos de uma decisão judicial de mérito, uma vez findos todos os recursos cabíveis”, isto é a coisa julgada, segundo seu pensar, deve ser interpretada como uma qualidade da decisão e não como um efeito.

Corroborando esse posicionamento, tem-se Theodoro Jr²³:

A res iudicata, por sua vez, apresenta-se com (*sic*) uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso.

Toda sentença, independentemente de ter transitado em julgado, é apta a produzir efeitos jurídicos; coisa julgada é apenas a imutabilidade desses efeitos, ou seja, uma qualidade que esses efeitos adquirem com o trânsito em julgado da sentença, por meio da qual se impede que as partes discutam a mesma causa novamente.²⁴

Para essa parcela doutrinária, após o trânsito em julgado da sentença – ou acórdão – de mérito, os efeitos projetados no plano prático por essa decisão não mais poderão ser

¹⁸ AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil**: processo de conhecimento. Barueri: Manole, 2004. v. 1. p. 354.

¹⁹ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. Brasil. Decreto-Lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, RJ, 4 de jan. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em 12 set. 2014.

²⁰ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

²¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006.

²² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 2 ed. Rio de janeiro: Forense, 1984, p. 15-16.

²³ THEODORO JR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.p. 576.

²⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 165.

discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador, o que seria suficiente para concluir que tais efeitos não poderão ser modificados, estando amparados pelo manto da coisa julgada material.²⁵

Destarte, a referida doutrina ostenta status legal, pois está consagrada no artigo 467 do Código de Processo Civil. Da leitura analítica do referido artigo, é possível depreender que, ao definir coisa julgada, o legislador se equivocou e a denominou como eficácia da sentença. Assim assevera Luiz Guilherme Marinoni²⁶, confirmando, mais uma vez, o pensamento de Liebman:

Entretanto, peca a definição ofertada pelo Código de Processo Civil ao estabelecer a coisa julgada como um efeito da sentença. Como demonstrou Liebman, ao tratar da coisa julgada: “esta expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem todos eles uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem [...] a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade”.

Como se vê acima, para atingir o grau de estabilidade adquirido com a coisa julgada são imprescindíveis alguns pressupostos, quais sejam eles: a sentença que tenha julgado o mérito do processo e que todos os recursos cabíveis na seara cível, tenham sido esgotados²⁷.

Logo, a coisa julgada pode ser definida como a qualidade que se une ao efeito declaratório da sentença exauriente de mérito, após o seu trânsito em julgado, tornando-a imutável, definitivamente solucionando a lide para a promoção da estabilização das relações sociais.

Em suma, pode-se concluir que, em verdade, a coisa julgada não é um efeito a sentença, mas uma qualidade que pode agregar-se a estes efeitos.

2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Em tese, com o trânsito em julgado, todas as sentenças se tornam indiscutíveis e imutáveis, devendo o seu comando ser obedecido, o que significa que têm força de lei entre as

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010. v. único.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 649-650).

²⁷ NEVES, op. cit.

partes, segundo a dicção do artigo 468 do Código de Processo Civil²⁸: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Geralmente, as partes têm a sua relação jurídica finda após o trânsito em julgado da decisão. Todavia, as particularidades das ações podem levá-las, ainda que na existência de uma sentença, a conservarem uma relação jurídica continuativa.

Lastreadas nessas circunstâncias, traz-se a lume a existência da coisa julgada formal e da coisa julgada material, não obstante nas duas hipóteses a sentença prolatada não possa ser modificada. Estas são apenas dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, a qual se revela uma figura de duas faces diante dessa divisão.

Consoante entendimento de Humberto Theodoro Jr.²⁹, a coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotara o prazo estipulado em lei sem interposição pelo vencido quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou tenha renunciado à sua interposição.

Em outro dizer, coisa julgada formal consiste na imutabilidade da sentença como ato processual e incide sobre sentenças de qualquer natureza, contudo, devido a uma relação continuativa, a situação entre as partes poderá ser alterada por outra ação, ou seja, o objeto do julgamento de um processo poderá ser debatido e revisto em outro processo.

Há, todavia, autores que definem a coisa julgada formal como espécie de preclusão. É o que Wambier, Correia de Almeida e Eduardo Talamini³⁰ trazem em sua obra:

Na doutrina aparece a expressão preclusão máxima para designar a coisa julgada formal, e isto significa que a coisa julgada formal se identifica de fato com o fim do processo, tendo lugar quando da decisão já não caiba mais recurso algum (ou porque a parte terá deixado escoar *in albis* os prazos recursais ou porque terá interposto todos os recursos). Torna-se indiscutível a decisão *naquele processo em que foi proferida*, já que o processo acabou. A indiscutibilidade que nasce com a coisa julgada formal àquele processo em que a decisão tenha sido proferida, e nisso se vê uma afinidade com o instituto da coisa julgada e formal e a preclusão, [...], uma vez que ambas têm seus efeitos adstritos aos processos em que se produzem.

Outros, entretanto, definem a coisa julgada formal como um fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade que a preclusão, afirmando ser esta o antecedente e aquela o subsequente. Afinal, “toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo; e a coisa julgada formal, como preclusão qualificada que é, caracteriza-se como

²⁸ BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, op. cit.

²⁹ THEODORO JR, op. cit. p. 582.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 8 ed. red. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 v. 1. p. 566.

extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado”.³¹

A coisa julgada material, por sua vez, caracteriza-se como a efetiva imutabilidade da sentença, já que além de tornar inalterável a relação jurídica nela inserida, inviabiliza o reexame do objeto em posterior ação. Assim aduz DINAMARCO³²:

Coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se (*sic*) entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido [...] a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença.

Para uma melhor visualização da distinção entre as duas espécies, Liebman ilustra a coisa julgada formal como o primeiro degrau para a coisa julgada material e os efeitos da sentença podem ficar tão somente nele, pois a sentença apenas extinguiu o processo, deixando intangível a relação de direito material. Entretanto, se o primeiro degrau for superado e se chegar ao segundo, tornar-se-á imutável e indiscutível a relação jurídica presente na sentença. Ele finaliza a metáfora com a afirmação de que não se pode alcançar o segundo degrau sem passar pelo primeiro e que, portanto, a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal³³.

Diante do exposto, pode-se concluir que a coisa julgada formal representa a impossibilidade de impugnação no processo em que foi proferida, tornando imutável decisão devido à preclusão recursal.

Assim, a coisa julgada formal seria pré-requisito para a coisa julgada material surgir e esta, além de tornar imodificável e inquestionável o processo em que fora formada, também o fará nos demais processos.

³¹ WAMBIER, op. cit. p. 222.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do direito processual civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.p. 300-301.

³³ NUNES, Elpidio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

2.3 LIMITES DA COISA JULGADA

2.3.1. Temporal

Na doutrina dominante, encontra-se a classificação dos limites da coisa julgada sob a ótica objetiva e subjetiva, visando à identificação de quem se sujeita à autoridade da coisa julgada e exatamente que partes da sentença tornam-se imutáveis com o seu trânsito em julgado.

Por outro lado, existem alguns autores que trazem em suas obras uma terceira vertente de limite, a temporal, já que as relações jurídicas também estão sujeitas a variações fáticas no transcorrer do tempo.

Provinda da Alemanha, a limitação temporal foi desenvolvida por Othmar Jauerning, e ele defende que a sentença, após passar em julgado, estabelece uma situação jurídica apenas em determinado momento, a qual não se propaga, isto é, ressoa para o futuro³⁴.

Na perspectiva brasileira, Egas Dirceu Muniz de Aragão³⁵ também versa sobre a matéria com propriedade dizendo que os limites temporais da coisa julgada têm o fito de afirmar exatamente qual o momento ao qual sua formação e eficácia estão vinculados. Para exemplificar, eis um caso que abarca tal efeito:

Pelo que se pôde depreender, o limite temporal da coisa julgada é de importância inegável, haja vista que a sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as consequências jurídicas daí decorrentes, certifica, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica e o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático).

Logo, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença adquire a qualidade de coisa julgada, em regra, operando sobre o passado, e não sobre o futuro – o que requer nova demanda com nova causa de pedir³⁶.

³⁴ PORTO, op. cit.

³⁵ Idem.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº. 1102838. Relator: FUX, Luiz. Publicado em 17 dez. 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17994726/recurso-especial-resp-1102838-rs-2008-0274321-4>. Acesso em: 15 mar. 2014.

2.3.2 Objetivo

O limite objetivo da coisa julgada compreende a extensão conferida à norma em concreto declarada pela sentença, tendo como finalidade o estabelecimento dos contornos da lide, delineando, de maneira precisa, o que não terá o condão de ensejar nova disposição jurisdicional.

Dessa forma, segundo Rinaldo Mouzalas³⁷:

A sentença, que decidir total ou parcialmente, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. O dispositivo da sentença de mérito constitui o limite objetivo da coisa julgada. Representa “o quê” está alcançado pela imutabilidade. Com isso, só pesa autoridade de coisa julgada sobre a parte decisória da sentença (para pare da doutrina, especificamente o seu elemento declaratório é alcançado pela imutabilidade, pois, desse que não se trate de direitos indisponíveis, a sentença pode ser cumprida de maneira diferente daquela estabelecida pelo seu dispositivo). Apenas aquilo que esteja compreendido no dispositivo da sentença é alcançado pela coisa julgada material.

Nesse diapasão, compreende-se que se o fenômeno da coisa julgada se incide sobre a declaração ínsita na sentença, pode-se dizer que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença, pois, se se observar o relatório e a fundamentação, perceber-se-á que, inexistente julgamento elaborado em nenhuma dessas duas seções da decisão jurisdicional.

Essa conclusão encontra guarida na própria inteligência do artigo 469³⁸ do Código de Processo Civil quando dispõe que não fazem coisa julgada, em resumo, os motivos, importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, verdade dos fatos como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.³⁹

Donizetti alude que a sentença deve consistir em uma resposta exata e sucinta ao pedido que o autor traz na exordial e, atendendo aos ditames do princípio da congruência⁴⁰, não poderá decidir aquém (*citra petita*), além (*ultra petita*), nem fora do pedido (*extra petita*), sob pena de ser tida como nula. A sentença, portanto, ainda segundo o autor, deve compor a lide, a qual se revela pelo pedido fundamentado. E, por fim, se a sentença – isto é, o dispositivo- só pode recair sobre a lide e esta é caracterizada pelo pedido e sua

³⁷ SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza. **Processo civil**. 6 ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.v. único. p.580.

³⁸ BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, op. cit.

³⁹ Salvo se, no curso do processo, houve a propositura de uma ação declaratória incidental – nos moldes dos arts. 5º, 325 e 470 do Código de Processo Civil, quando a resolução da questão prejudicial será subjugada à imutabilidade da coisa julgada.

⁴⁰ Esse princípio está inserido no artigo 460 do Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

fundamentação, os limites objetivos da coisa julgada são o pedido e a respectiva fundamentação⁴¹.

Sabe-se que, geralmente, a parte dispositiva da sentença deve vir ao final, em texto conciso, mas pode acontecer de o juiz, quando na fundamentação, acabar por decidir algum aspecto da lide principal, sem depois reproduzir o resumo no dispositivo. Muito embora não conste do dispositivo do ponto de vista formal, possui evidente conteúdo dispositivo.

Liebman citado por Vicente Greco Filho⁴² explica ser certo dizer que a coisa julgada se resume à parte dispositiva da sentença e que esta expressão deve ser interpretada em seu sentido substancial, abarcando, assim, não apenas a parte que dá cabo à sentença, como também qualquer outro ponto que o juiz tenha embutido caráter decisório.

Enfim, o que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a causa de pedir (esta consiste no fato constitutivo que fundamenta a pretensão), pois é pela sentença que o Estado dita a solução visada pelo processo.

No texto presente do artigo 474 do Código de Processo Civil, consolidou-se o entendimento de que deve ser considerado deduzido nas demandas não apenas aquilo que ficou explícito, mas também o que poderia ter sido trazido, mas não o foi, pois ambos estão em julgamento.

Na supramencionada norma, os doutrinadores objetivam esclarecer os contornos exatos da matéria dedutível, colimando delimitar a extensão a ser ao que se chama tecnicamente de efeito preclusivo da coisa julgada, de onde também se extrai o princípio do dedutível e do deduzido.

Resumidamente, quanto ao réu, caso haja mais de uma matéria de defesa, ele deverá apresentá-las em sua totalidade e não lhe será possível ingressar com outra demanda arguindo matéria que deveria ter alegado no processo. Essa regra consta do artigo 300 do CPC.⁴³ Quanto ao autor, a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada é alvo de maior polêmica e existem pelo menos três correntes.

Grande parte da doutrina entende que esse efeito atinge apenas as alegações atinentes à causa de pedir que compôs a primeira demanda, pois se outro fato jurídico ou outra fundamentação for aduzida, não constante da demanda originária, distancia-se do caso concreto a tríplex identidade, já que se considerará nova causa de pedir.

⁴¹ NUNES, Op. Cit.

⁴² LIEBMAN *apud* FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 2. p. 279.

⁴³ BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, op. cit.

Em sentido contrário, outra parcela trata a eficácia preclusiva de maneira mais ampla, alcançando alegações alheias à causa de pedir oriunda da demanda que produziu a coisa julgada material.

Por fim, ainda há que se ressaltar a existência de uma terceira corrente, esta intermediária às duas anteriores, que assevera que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge todos os fatos da mesma espécie convergentes para o mesmo efeito jurídico, mas não aqueles de natureza diversa ou mesmo que sejam fatos da mesma espécie, resultem em efeitos distintos.⁴⁴

Desta feita, conclui-se que apenas a parte dispositiva da sentença de mérito submete-se à autoridade da coisa julgada enquanto que o relatório e a fundamentação, por estarem desprovidas de teor decisório, não se sujeitam ao poder da coisa julgada.

2.3.3 Subjetivo

Na ação, encontram-se os litigantes em polos diametralmente opostos e cada qual defende suas pretensões e interesses. São, portanto, sujeitos de uma relação jurídica.

Estabelecem-se limites subjetivos a fim de se descobrir o alcance da coisa julgada, isto é, para quem o conteúdo de determinada sentença de mérito resta impassível de discussão judicial, quem está sujeito à coisa julgada, enfim. Nesse contexto, a coisa julgada pode se operar de três diferentes modos: *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*.

A coisa julgada *inter partes* é aquela em que apenas as partes de uma relação jurídica processual se submetem a ela. Acontece nos casos em que a autoridade da decisão transitada em julgado só se impõe para aqueles que figuraram como parte no processo.⁴⁵

A fundamentação da eficácia *inter partes* repousa em dois princípios processuais constitucionais de cunho extremamente relevante, segundo Daniel Amorim⁴⁶:

A eficácia *inter partes* justifica-se em razão dos **princípios da ampla defesa e do contraditório**, não sendo plausível que a sentença de mérito torne-se imutável e indiscutível para o sujeito que não participou do processo. Esta justificativa só tem algum sentido quanto aos terceiros interessados (que têm interesse jurídico na causa), porque no tocante aos terceiros desinteressados (não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com a relação jurídica objeto da demanda), número infinito de pessoas, faltará interesse processual para discutir a decisão transitada em julgado, de forma que a sua imutabilidade torna-se uma consequência natural da impossibilidade processual de modificar a decisão. (grifo nosso)

⁴⁴ ASSUMPÇÃO, op. cit.

⁴⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.

⁴⁶ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 500.

Essa é a regra do ordenamento jurídico brasileiro, e está inserta no artigo 472⁴⁷ do Código de Processo Civil. A parte inicial do dispositivo traz a regra geral, já explicitada acima. Como exceções, na segunda parte, os limites da sentença podem se estender *ultra partes*, atingindo não só os litigantes, mas terceiros determinados.

Assim, os efeitos da coisa julgada podem se estender a pessoas estranhas ao processo, vinculando-as. Como exemplos, temos os casos de substituição processual, legitimação concorrente hipótese de decisão favorável a um dos credores solidários, que se estende aos demais⁴⁸.

A segunda exceção é representada pela coisa julgada *erga omnes*, que é aquela cujos efeitos atingem a todos nos jurisdicionados indistintamente, ou seja, mesmo os que não tenham participado do processo. Ela se dá, por exemplo, nas ações coletivas versadas sobre direitos difusos e coletivos (artigo 103, incisos I e III do CDC).⁴⁹

Assim, *erga omnes* deve significar que os efeitos da coisa julgada devem se projetar para toda a comunidade, de forma que os que sejam titulares do direito lesado possam deles se valer.

Ademais, a fim de promover uma análise plena do tema, faz-se mister mencionar a eficácia natural da sentença, instituto correlato à coisa julgada, que, muitas vezes, provoca confusão entre os conceitos.

Desmistificando, o processualista Enrico Tullio Liebman⁵⁰, traz o entendimento já pacificado na doutrina de que a eficácia natural esteia-se na produção de efeitos jurídicos e sociais resultantes da decisão judicial que pode atingir quem foi parte e quem também não o foi; a autoridade da coisa julgada (coisa julgada propriamente dita), por outro lado, compreende na impossibilidade de discutir, novamente, o conteúdo e os efeitos jurídicos da sentença.

Na mesma esteira, Ovídio da Silva Baptista, sustenta que o efeito declaratório contido na sentença alcança terceiros, por eficácia direta ou natural, "sem, contudo, levar consigo o selo da imutabilidade que só diz respeito às partes figurantes da relação jurídica processual".⁵¹

⁴⁷ Assim dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

⁴⁸ DIDIER JR., op. cit.

⁴⁹ DIDIER JR, 2008, loc. cit.

⁵⁰ LIEBMAN apud KLIPPEL, op. cit., p. 48-49.

⁵¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4 ed. São Paulo: Fabris, 1995. p. 104.

Em outras palavras, a sentença, como ato potestade do Estado, produz eficácia que vale para todos e a autoridade da coisa julgada vale somente para as partes, e os terceiros juridicamente prejudicados poderão opor-se à autoridade da coisa julgada.

Por derradeiro, vale salientar, contudo, ainda que a autoridade da coisa julgada permaneça restrita *inter partes* (apenas entre quem participou da lide), a sentença deve ser imposta a todos, incluindo terceiros (não relacionados ao processo). Logo, a sentença faz coisa julgada entre as partes e não poderá beneficiar nem prejudicar terceiros.

2.4 EFEITOS DA COISA JULGADA

Atribuem-se à coisa julgada três efeitos: negativo, positivo e preclusivo. Dentre eles, merecem relevo no presente trabalho os dois primeiros.

No tocante à função ou efeito negativo da coisa julgada, este se opera sempre como meio de defesa, impedindo um novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior⁵². Consiste a função negativa da coisa julgada em uma proibição endereçada aos julgadores, incumbindo-os de nos processos futuros, não julgar novamente a lide solucionada por sentença passada em julgado.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁵³ confirmam essa informação:

Pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois assegura a irreversibilidade das situações jurídicas, cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se, no que diz respeito à sua função negativa (proibição do *bis in eadem*), na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

O efeito negativo, por conseguinte, impede que a questão principal já decidida seja novamente trazida como questão principal para ser julgada em outro processo.

Entretanto, a imutabilidade da coisa julgada não se esgota na função negativa, havendo, outrossim, uma função positiva. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção⁵⁴:

Na função positiva da coisa julgada, portanto, inexistente obstáculo ao julgamento de mérito do segundo processo, mas nesse julgamento o juiz estará vinculado obrigatoriamente em sua fundamentação ao já resolvido em processo anterior e protegido pela coisa julgada material. Reconhecida como existente uma relação jurídica (por exemplo, paternidade) e sendo tal reconhecimento imutável em razão

⁵² Idem. **Curso de Processo Civil**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. vol. 1.

⁵³ WAMBIER MEDINA, op. cit. p. 534.

⁵⁴ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 497.

da coisa julgada, surgindo discussão incidental a respeito dessa relação jurídica em outra demanda [...], o juiz estará obrigado a também reconhecê-la como existente, em respeito à coisa julgada.

A função positiva é aquela que Moniz de Aragão define como a função nobre da coisa julgada, ou seja, consiste em pôr fim ao litígio e proporcionar a extinção do estado de dúvida em que se encontram os litigantes⁵⁵.

Trata-se de conferir um fim às controvérsias pendentes entre autor e réu, sendo a imutabilidade traço fundamental da função positiva da coisa julgada.

Ovídio Baptista da Silva⁵⁶, em elucidativa diferenciação dos efeitos negativos e positivos da coisa julgada, sustentou:

O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.

Por fim, constata-se que ambas as funções ou efeitos se completam: para que o efeito negativo seja invocado, necessariamente há de ter havido, em processo anterior, o exercício da função positiva. Saliente-se também que ambas as funções parecem ter sua origem na teoria processualista da coisa julgada, pois trabalham com a impossibilidade de novo julgamento a respeito de uma lide já decidida em demanda anterior.

⁵⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 216.

⁵⁶ SILVA BAPTISTA, op. cit., p. 500.

3 PATERNIDADE

Antes de adentrar no assunto em si, é necessário que se faça uma análise acerca da noção de família, tanto no aspecto biológico quanto no sociológico.

Do ponto de vista biológico, família é a “formada por todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos”⁵⁷. É este o sentido que atribui a condição de pai ao pai genético. Sociologicamente, família implica em “uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental que repousa toda a organização social”⁵⁸.

Desse modo, família consiste em um grupo social *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de representar uma apenas instituição jurídica, possui conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade⁵⁹.

Nos primórdios até o século XX, a família tradicional, no Brasil, estava eivada de cunho patriarcal. No dizer de Caio Mário: “fato certo e comprovado, este sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal”⁶⁰. O marido era o chefe do grupo familiar e exercia poder absoluto sobre a mulher, bem como sobre os filhos.

Sob a influência o Código Napoleônico de 1804, o Código Civil de 1916 adotava o modelo de família matrimonializada ou legítima, a qual se constituía apenas com o casamento, trazendo, consigo, a ideia da certeza de paternidade⁶¹ fulcrada no princípio segundo o qual *pater is est, quem justae nuptiae demonstrant*⁶².

Ainda a respeito do mesmo diploma legal, estabelecia-se a distinção clara entre os filhos. Os filhos legítimos, que eram aqueles concebidos na constância do casamento e os ilegítimos, eram frutos de relações extramatrimoniais. Estes classificavam-se em naturais e espúrios. Eram denominados naturais quando havidos por pessoas não impedidas de casarem umas com as outras e espúrios, quando adulterinos ou incestuosos. O legislador, à época,

⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 04.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6. p. 05.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 5. p. 17.

⁶¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29-30.

⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 242.

colimando a preservação da estrutura familiar tradicional com raízes religiosas, a todo custo, excluía, expressamente, em seu artigo 358, os filhos adulterinos e incestuosos do reconhecimento⁶³.

No entanto, juridicamente, esse cenário composto por nomenclaturas constrangedoras foi inteiramente revertido e remanesce na doutrina até hoje, apenas para fins didáticos.

A Constituição Federal de 1988, em seu §6º do artigo 227, vedou qualquer distinção entre os filhos, se havidos ou não no casamento, inclusive no que tange às denominações, tanto que a expressão “filho ilegítimo” foi substituída por “filho havido fora do casamento”⁶⁴.

Tal mudança priorizou o princípio da dignidade da pessoa humana e pôs fim às discriminações concernentes à filiação, garantindo direitos e qualificações aos filhos havidos fora da relação de casamento ou por adoção. O artigo 1.596⁶⁵, do Código Civil atual, demonstra que houve o acatamento do princípio constitucional da absoluta isonomia entre os filhos⁶⁶.

Nas disposições gerais que versam sobre o casamento, foram eliminadas todas as referências à legitimidade da família oriunda do casamento civil, em observância à Carta Magna. Não há mais na família a qualificação de legítima ou ilegítima. Logo, a família pode ser constituída pelo casamento, bem como pela união estável ou, ainda, por um dos genitores e sua prole⁶⁷.

Enfim, com essas alterações relevantes, a Constituição ampliou o conceito de entidade familiar, protegendo não apenas a família advinda do casamento, mas também a união estável e a família monoparental; em consequência disso, hodiernamente, os conceitos de sexo e procriação se desvincularam.

O desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permitiu que a concepção não decorra, exclusivamente, do contato sexual. Isso trouxe mudanças ao conceito de paternidade, passando esta a ser vista como uma opção, o que transcende os aspectos meramente biológicos ou presumidamente biológicos, invadindo, com veemência, o âmbito afetivo.⁶⁸

⁶³ QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil: direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 345.

⁶⁵ Eis o que reza o art. 1.596 do Código Civil: “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”.

⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

⁶⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 30-31.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 325.

3.1 CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

A doutrina estabelece três critérios para a configuração da paternidade ou da filiação: o jurídico, o biológico e o socioafetivo. Contudo, não impera hierarquia entre eles, haja vista que todos representam vantagens relevantes e a adequação a cada conflito será obtida casuisticamente, apenas. Paulo Nader⁶⁹ assevera:

A doutrina distingue três critérios de aferição de paternidade: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. Pelo primeiro critério, pai e mãe são os que fecundaram, com seus gametas, o embrião. Por ele, a paternidade decorre de consanguinidade; pelo segundo, define-se por presunções legais, como a *pater is est* [...], correspondendo ou não à realidade. O critério socioafetivo dimana de uma situação fática, que nasce da educação, amparo, proteção, afetividade, aplicados na criação de uma pessoa e por quem não é pai ou mãe biológica.

O critério jurídico é a aquele que prevalecia até a Constituição Federal de 1988, conceito aprisionado, que estabelece a paternidade por presunção imposta pelo legislador, consoantes circunstâncias anteriormente designadas no texto legal, pouco importando, como se evidenciou acima, a correspondência ou não com a situação fática.

A máxima propalada pelo Direito Romano, *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, decorrente do casamento, pode ser definida como a presunção que atribui ao homem os filhos de sua mulher, enquanto casados, nos termos do artigo 1.597 do Código Civil⁷⁰.

Tal presunção, além de se basear naquilo que habitualmente ocorre, é imposta por razões sociais altamente convenientes. O que se busca é sedimentar a segurança da família, evitando, assim, introduzir no seio familiar, a prole adulterina e, conseqüentemente, o receio da imputação de infidelidade à mulher⁷¹.

Este sistema de presunções legais, em outras palavras, justificava-se tanto pela dificuldade científica de comprovar a filiação, quanto pela posição que a mulher ocupava no meio social, já que era obrigada a casar-se virgem e, após o casamento, retornava à incapacidade, quando então era representada pelo marido em todos os atos.

⁶⁹ NADER, op. cit., p. 267.

⁷⁰ Segundo o artigo 1.597 do Código Civil: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁷¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva: 2008, v. 6.

O Código vigente, em seu artigo 1.597, manteve o critério *pater is est* (trazido pelo Código Civil de 1916), considerado obsoleto atualmente, ignorando os avanços obtidos pela ciência. Por outro lado, a esta presunção legal deve ser outorgado caráter relativo (*juris tantum*) e não absoluto, prevalecendo somente em caso de falta de prova em sentido contrário. É o que também traz Flávio Tartuce⁷²:

O dispositivo está amparado na velha máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrat*, que pode ser resumida da seguinte forma: a maternidade é sempre certeza, a paternidade é presunção que decorre da situação de casados. É fundamental ressaltar que essa máxima perdeu relevância prática. Ora, a maternidade nem sempre é certa, pois pode ocorrer a troca ou a subtração de recém-nascidos em maternidades, a motivar eventual ação de investigação de maternidade [...]. Relativamente à presunção de paternidade, esta cedeu espaço à busca da *verdade biológica*, por meio da realização do exame de DNA.

Enquanto reinava absoluto, esse princípio fazia a verdade jurídica sobrepujar a biológica. Com o avanço da ciência, especialmente pela descoberta do exame de DNA⁷³, o critério legal cedeu espaço a novos critérios, tais como o socioafetivo e o biológico.

A Constituição Federal aboliu de vez a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e, nesse panorama de igualdade, a descoberta do exame de DNA possibilitou alcançar-se a certeza científica, praticamente absoluta, da paternidade, gerando, por isso, profundo impacto no antigo critério legal que outrora era tão festejado.

Muito embora a filiação não se origine do casamento, não se deve negar que existe um liame de consanguinidade, que une pai e filho. A determinação da paternidade desvencilhou-se do vínculo legal e o conhecimento da origem genética passou ser direito primordial de qualquer ser humano, ou seja, um verdadeiro direito fundamental de personalidade de sua real identidade. Não implica, propriamente, em direito à filiação.

Por outro turno, a investigação de paternidade nem sempre está atrelada à origem genética, podendo estabelecer ligação com a paternidade socioafetiva, pois esta deriva do estado de filiação e, desconsiderando a origem biológica, pode ser definida como relação de parentesco firmada entre duas pessoas, com a atribuição recíproca, direitos e deveres.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9 ed. rev. atual. ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 5. p. 363-364.

⁷³ Em português: ADN; significa ácido desoxirribonucleico: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência. In: BRASIL. Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm Acesso em: 06 jan. 2015.

Essa realidade é o que corresponde à posse de estado de filho, estabelecida em conformidade com a vontade, já que é necessária a existência de afeto antes do vínculo biológico. Assim conclui Paulo Luiz Netto Lobo:⁷⁴

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto dado 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 filiação efetivamente constituído. Como vimos, tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse estado de filiação podem ter origem biológica ou não.

Na formação de uma família, cada pessoa tem o seu lugar, uma função na estrutura no núcleo familiar, podendo a função paterna, por exemplo, ser exercida por outra pessoa que não seja, realmente, o genitor da criança.

A teoria da paternidade socioafetiva ou da desbiologização da paternidade, desenvolvida por João Baptista Villela⁷⁵, no final da década de 1970, tem por preceito fundamental que:

a relação paterno-filial não se esgota na mera consideração física da hereditariedade sanguínea, mas é feita de laços afetivos, história pessoal pautada por alegrias e tristezas, redes de parentesco, de apoio, de comprometimento, de influência ambiental que a realidade dos testes de identificação genética não podem levar em consideração.

Assim, a paternidade socioafetiva provém de um ato de vontade e gera os mesmos efeitos que a adoção, formada por uma relação de amor, dedicação, afeto e não apenas o aspecto genético ou por força de presunção advinda de lei. A filiação afetiva é assentada no reconhecimento da posse e estado de filho, base sociológica da filiação⁷⁶.

Existem alguns elementos que caracterizam a posse do estado de filho, conforme Flávio Tartuce⁷⁷:

O primeiro deles é o tratamento (*tractatus*), relativo ao fato de que, entre si e perante a sociedade, as partes se relacionam como se fossem unidas pelo vínculo de filiação, ou seja, como pais e filhos.

A fama ou *reputatio*, segundo elemento, representa uma repercussão desse tratamento, constituindo o reconhecimento geral da situação que se concretiza. A entidade familiar é analisada de acordo com o meio social, como projeção natural da

⁷⁴ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

⁷⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de direito de minas gerais**. Belo Horizonte: v. 27, n. 21. p. 400-418, 1979. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 13 jan.2015.

⁷⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 61.

⁷⁷ TARTUCE, op. cit., p. 383-384.

expressão base da sociedade, conforme consta art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, com tom complementar e acessório, há o nome (*nomen*), presente quando a situação fática revela que o declarado filho utiliza o sobrenome do pai.

Em suma, *tractatus* (quando o interessado é tratado publicamente como filho), *nomen* (indicativo que a pessoa utiliza o nome de família dos pais) e *reputatio* ou *fama*, quando a pessoa goza na posição de filho (a), na família e no meio em que vive⁷⁸. Contudo, segundo Belmiro Pedro Welter⁷⁹, é suficiente a comprovação dos requisitos do tratamento e da reputação, prescindindo-se do nome.

A denominada posse de estado de filho tem o fim precípua a comprovação da existência de uma relação de paternidade, permitindo que o filho, por intermédio desta, possa obter todas as consequências jurídicas que pretende ter.

Não obstante a filiação socioafetiva não seja reconhecida explicitamente pela legislação vigente, a jurisprudência vem, gradativamente, prestigiando a prevalência da posse de estado de filho, que representa a o substrato fático da verdadeira filiação, sustentada no amor e na vontade de ser pai ou mãe, isto é, estabelecer voluntariamente os vínculos da relação filial:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Apesar de o exame pericial de DNA ter concluído pela paternidade biológica da autora em relação ao falecido, a posse de estado de filha consolidada com o pai registral e ostentada por ela por mais de 30 anos não pode ser desconsiderada. Precedentes jurisprudenciais. NEGARAM PROVIMENTO⁸⁰.

Conclui-se que a determinação biológica da filiação não deve ser observada e tomada de maneira superficial, ignorando a existência de outras indagações atinentes à caracterização do parentesco. A ponderação dos três critérios demonstrados – jurídico, biológico, e socioafetivo- deve ser promovida de acordo com a concretude dos casos, a fim de que se estabeleça, corretamente, o estado de filiação.

⁷⁸ GONÇALVES, op. cit.

⁷⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº 70062841812**. 8ª Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 23 abr. 2015. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183989327/apelacao-civel-ac-70062841812-rs> Acesso em: 06 fev. 2015. Vide também: AC nº 2008210839 (TJ/SE; 2008) e AC nº 00223867120098190206 (TJ/RJ; 2013).

3.2 RECONHECIMENTO DOS FILHOS

O reconhecimento dos filhos consiste em um ato voluntário ou forçado, mediante o qual se estabelece uma relação de parentesco em primeiro grau na linha reta.

No direito brasileiro, o reconhecimento pode ser voluntário, também denominado “perfilhação”, nos termos do artigo 1.609 do Código Civil. Consiste em ato puro e simples que não admite prazo, condição ou qualquer outra modalidade que vise restringir o ato de reconhecer⁸¹.

Permite-se, outrossim, o reconhecimento judicial ou coativo, que se realiza por meio de ação de investigação de paternidade, preconizado nos artigos 1.606, 1.615 e 1.616⁸², do mesmo diploma legal. Qualquer que seja a forma, trata-se de um ato declaratório, haja vista não criar a paternidade, mas apenas declara uma realidade fática⁸³.

Aplica-se a presunção relativa de paternidade, sedimentada pelo artigo 1.597 do Código Civil, aos filhos nascidos na constância do casamento, de forma que estes não necessitam ter reconhecido seu estado de filho. Àqueles havidos extramatrimonialmente, é preciso que se proceda ao reconhecimento, voluntário ou forçado, já que a citada presunção não se coaduna com a sua realidade. Paulo Nader⁸⁴ bem preleciona isso, dizendo:

O reconhecimento de filhos, previsto no Código Civil, refere-se aos havidos fora do casamento, pois, quanto aos concebidos na sua constância, prevalece a presunção *pater is est* e, ainda, a *mater semper certa est*. Relativamente a estes filhos, cabível apenas a ação de prova de filiação, prevista no art. 1.606 [...]. Reconhecimento, também denominado *perfilhação*, é o ato pelo qual alguém declara a sua condição de pai ou mãe de pessoa nascida fora do casamento. De acordo com a sistemática civil, o reconhecimento pode ser feito, espontaneamente, por um dos modos previstos no art. 1.609 ou, consoante o art. 1.606, por sentença judicial prolatada em ação de investigação de paternidade ou de maternidade.

O reconhecimento voluntário ou espontâneo apresenta-se de formas distintas e, segundo a inteligência do artigo 1.609 do Código Civil, são as seguintes: a) pelo registro de

⁸¹ PAGOTTO, Alisson Menezes. **Noções sobre o reconhecimento de paternidade**. Disponível: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1805/Nocoos-sobre-o-reconhecimento-de-paternidade>. Acesso em: 08 fev. 2015.

⁸² Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

⁸³ PEREIRA, op. cit.

⁸⁴ NADER, op. cit., p. 283-285.

nascimento; b) por escritura pública ou particular; c) por testamento, ainda que incidentalmente manifestado⁸⁵; ou, ainda, d) pela manifestação direta e expressa perante o juiz⁸⁶, ainda que o reconhecimento não tenha sido objeto único e principal do ato que o contém. Neste caso o reconhecimento de filho não pode estar sujeito à condição ou termo⁸⁷.

Compreende-se em ato livre, irrevogável⁸⁸ e irreatável, possuindo caráter de ato jurídico *stricto sensu* (sentido estrito), justamente porque seus efeitos são apenas decorrentes de lei⁸⁹, não podendo ser sujeito a qualquer constrangimento ou coação. O reconhecimento não configura negócio jurídico, pois os seus efeitos não se originam de estipulação das partes, nem se subordinam a condição ou cláusulas restritivas. Por ser ato unilateral e personalíssimo, uma vez que produz efeitos pela mera manifestação de vontade do reconhecente e o outro genitor não pode a ele se opor⁹⁰.

O reconhecimento voluntário do filho pode ocorrer a qualquer tempo, pode preceder ao seu nascimento (caso em que será feito o reconhecimento de nascituro), tomando por base a teoria concepcionista⁹¹ ou ser posterior ao falecimento (reconhecimento *post mortem*), sob a condição de que o filho a ser reconhecido tenha deixado descendentes⁹², em consonância com o artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil⁹³. Após o reconhecimento da paternidade, o estado de filho afetivo é firmado, sendo-lhe atribuídos direitos que, por seu turno, causam efeitos na seara jurídica.

Em resumo, o reconhecimento voluntário, pelo que se pôde depreender do explanado, é ato que se opera espontaneamente, inexistindo constrangimento ou imposição de qualquer

⁸⁵ Esse reconhecimento é válido ainda que o testamento tenha sido julgado nulo ou revogado, salvo se o motivo que promova a nulidade for doença mental do testador à época da feitura do testamento.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 487-490.

⁸⁷ ALTIERI, Juliana Fernandes. **Reconhecimento voluntário de filhos**. Disponível: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1511 Acesso em: 08 fev. 2015.

⁸⁸ Vide art. 1º da Lei n.º 8.560 de 1992. No máximo, poderá vir a ser eventualmente anulado, por inobservância das formalidades legais, ou, então, se eivado de algum dos defeitos dos atos jurídicos.

⁸⁹ TARTUCE, op. cit., p. 363-364.

⁹⁰ GONÇALVES, op. cit.

⁹¹ “Para os defensores desta teoria, que obteve grande influência no ordenamento francês, desde a concepção é reconhecido ao nascituro sua personalidade jurídica, sendo desta feita considerado pessoa. Assim apenas para alguns direitos específicos seria dependente do nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais. O nascituro é enquadrado como pessoa, e não como uma mera perspectiva de pessoa com expectativa de direitos. São defensores da teoria concepcionista, a qual somos adeptos, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Teixeira de Freitas, Limongi França, André Franco Montoro, Francisco dos Santos Amaral, Maria Helena Diniz dentre outros juristas pátrios notoriamente reconhecidos”. FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7 > Acesso em: 14 abr.14.

⁹² GONÇALVES, op. cit.

⁹³ Art. 1.609. [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

índole, podendo ocorrer de diversos modos, previstos no artigo 1.609 do Código Civil⁹⁴ (sendo a mais comum o reconhecimento quando do termo/registro de nascimento).

Por outro lado, quando o reconhecimento da paternidade não ocorre livremente, faz-se mister o reconhecimento judicial ou forçado, que é aquele em que o estabelecimento da filiação é declarada pelo juiz, por meio de sentença proferida nos autos de ação de investigação de paternidade, de rito ordinário e imprescritível, isso “porque em nenhum caso é lícito recusar ao filho a proclamação judicial do seus *status*”⁹⁵.

Esta ação tem natureza declaratória e tem por fito a declaração da relação jurídica de filiação (declarando o nascimento), por “não apenas configurar direito personalíssimo, mas também da personalidade”⁹⁶, tendo, portanto, os caracteres da indisponibilidade e imprescritibilidade.

3.3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Não sendo obtido o reconhecimento espontâneo da paternidade dos filhos (não submetidos à presunção *pater is est*), deverão obter o reconhecimento de sua filiação por da ação de investigação de paternidade, ajuizada contra o indigitado pai. Este reconhecimento coercitivo provém do reconhecimento do vínculo parental através da prolação de uma sentença judicial.

Antes do surgimento do exame de DNA, a paternidade era afirmada ou descartada por meio de indícios e presunções. Caso restasse comprovado o relacionamento amoroso, diante de testemunhas ou documentos, presumia-se sexual e, via de consequência, a paternidade.

Com o passar do tempo, advieram exames laboratoriais de tipagem sanguínea, mas, estes apenas serviam como prova negativa, para excluir a paternidade, o que causava uma sensação de segurança relativa⁹⁷. Esse entendimento é lecionado por Washington Barros de Monteiro:⁹⁸ “Efetivamente, a análise do sangue de duas pessoas permite afirmar, com certeza,

⁹⁴ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou 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.

⁹⁵ PEREIRA, op. cit., p. 199.

⁹⁶ NADER, op. cit., p. 284.

⁹⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

⁹⁸ MONTEIRO, op. cit., p. 264.

senão a filiação, pelo menos a ausência desse laço de parentesco. O exame hematológico é a prova negativa; serve para excluir a paternidade, não, porém, para afirmá-la”.

Tais demandas, ao transitarem em julgado, são acobertadas pelo manto da coisa julgada, o que inviabiliza nova apreciação pelo Judiciário, já que torna inadmissível o reexame da matéria anteriormente decidida, e faz lei entre as partes. No entanto, sobre esse entendimento, há divergência doutrinária.

Alguns doutrinadores, como Sérgio Gilberto Porto, aduzem ser possível a propositura de nova ação tanto pelo filho quanto pelo pai a fim de reabrir discussão sobre o que transitara em julgado, admitindo-se, com isso, a relativização da coisa julgada em casos excepcionais. Silvio de Salvo Venosa⁹⁹ propende para essa ideia:

[...] em sede de reconhecimento de paternidade, não há que se conceder um valor absoluto à coisa julgada. Nesse aspecto, há que se levar em conta as particularidades do direito de família e os avanços científicos. Não há como se impingir à sociedade e a alguém uma paternidade irreal, se lastreada em coisa julgada questionável por meio de nossos instrumentos probatórios disponíveis. A verdade real e axiológica suplanta, nesse campo, os estritos limites tradicionais das regras do processo, que nem mesmo a elasticidade da ação rescisória pode resolver.

Tomada essa perspectiva, não há como negar que o comando normativo decorrente do enunciado do art. 468 do CPC pode – e deve – ser flexibilizado sempre que colocado em xeque por preceitos maiores como o são a cidadania, a dignidade humana e, sobretudo, o direito à filiação e a paternidade responsável, insertos nos art. 1º, incisos II e III e art. 227 da Carta Magna¹⁰⁰.

A ação investigatória de paternidade pertence ao elenco das ações de estado, as quais têm por características a inalienabilidade, a imprescritibilidade (pode ser proposta a qualquer tempo) e a irrenunciabilidade (por ser direito personalíssimo), e têm por finalidade a solução de controvérsias referentes ao *status personae*, firmando um vínculo de filiação não pacífico e, com isso, acertar o estado familiar. Simultaneamente, trata-se de uma ação de cunho declaratório, onde busca afirmar e convalidar o estado de filiação e a posição do interessado no seio familiar, comprovando, desse modo, o seu *status familiae*. Nas palavras de Flávio Tartuce¹⁰¹:

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.6. p 255.

¹⁰⁰ CREMASCO, Suzana Santi. **Coisa julgada nas ações de paternidade**: apontamentos sobre a flexibilização. Disponível em: <
http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/12_doutrina.investigacao.paternidade.pdf> Acesso em: 11 de jan. 2015.

¹⁰¹ TARTUCE, op. cit., p.492.

A ação investigatória, por sua natureza declaratória e por envolver estado de pessoas e a dignidade humana, não está sujeita a prazos decadenciais, sendo um direito indisponível do investigante. Nos casos dos menores é clara a norma do art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível [...]”.

A imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade não ampara os efeitos patrimoniais oriundos da sentença declaratória, como direito a alimentos e herança, posicionamento este já uniformizado no Excelso Pretório pela Súmula n. 149.

Como bem elucida Carlos Roberto Gonçalves¹⁰², embora a ação seja imprescritível, os efeitos patrimoniais do estado da pessoa prescrevem. Por tal motivo, a supracitada Súmula do Supremo Tribunal Federal consolida: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.¹⁰³ Esta, nos ditames do artigo 205 do Código Civil, prescreve em dez anos, a contar do momento em que fora reconhecida a paternidade e não da morte do suposto pai, isso porque o prazo prescricional somente se começa quando surge o direito à ação.

Então, obtido o reconhecimento judicial da filiação, o que ocorre é apenas a afirmação, pelo juízo, de situação fática que já existia, porém, era desconhecido juridicamente, o que ressalta o conteúdo declaratório dessa ação. Em suma, nos dizeres de Silvio Salvo Venosa¹⁰⁴: “A sentença de investigação de paternidade [...] é de carga de eficácia declaratória e tem efeitos *erga omnes*. Ao reconhecer a paternidade, a sentença declara fato preexistente, qual seja, o nascimento”.

Seu objetivo basilar encontra-se na correção da relação jurídica da paternidade, confirmando a existência de condição que não indica, para o autor, nenhum direito novo, e que não condene o réu a uma prestação.

Todavia, se a ação investigatória estiver cumulada com uma ação de alimentos, a sentença possuirá além da natureza declaratória, a condenatória, porque é evidente que a pretensão aos alimentos condena o réu a uma prestação. Dessa forma, entende Sílvio Rodrigues¹⁰⁵:

Estabelecido o parentesco, por meio do reconhecimento voluntário ou da sentença em ação de investigação de paternidade, é óbvio que o direito de reclamar alimentos se manifesta, reciprocamente, podendo não só o filho os exigir do pai, como o pai do filho (CC, arts. 1.694 e s.) [...] A Lei n. 8.560/92, renovando a previsão contida na legislação de 1949, concede, pelo seu art. 7º, os alimentos ao investigante somente a

¹⁰² GONÇALVES, op. cit., p. 355.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 149**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula> > Acesso em: 12 nov. 2014.

¹⁰⁴ VENOSA, op. cit., p. 255.

¹⁰⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 289.

partir da sentença favorável de 1ª instância. [...] Em sendo assim, a pensão (quer de alimentos provisionais, quer provisórios), como regra, só poderá ser fixada com a sentença, pois é o momento que se reconhece a paternidade.

Enfim, pode-se notar que esta ação tem como objetivo a declaração da paternidade, estabelecendo relação jurídica de filiação, assegurando ao filho todos os efeitos provenientes desta relação.

3.3.1 Legitimidade

3.3.1.1 Legitimidade ativa

Por se tratar de ação personalíssima, a ação de investigação de paternidade tem, como parte legítima para pleitear em juízo, o filho; trata-se de ação privativa dele. Caso menor, ele será representado ou assistido pelo genitor que o reconheceu e, na ausência deste, por tutor ou curador¹⁰⁶.

Falecendo o investigante, enquanto tramitar o processo, os herdeiros podem dar-lhe prosseguimento, habilitando-se no respectivo, exceto se a lide for extinta nos termos do que dispõe o parágrafo único do artigo 1.606 do Código Civil. Contudo, se o filho, na condição de autor, expirar antes do seu ajuizamento, Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁷ ressalta: “Se o filho morrer antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficarão inibidos para o ajuizamento, salvo se *“ele morrer menor e incapaz”* (CC, art. 1.606). Se já tiver sido iniciada, têm eles legitimação para *“continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”* (art. 1.606, parágrafo único)”¹⁰⁸.

Destarte, o nascituro também pode demandar a paternidade, conforme autoriza o artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil e o artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Será representado por sua genitora, subordinados os seus direitos ao nascimento com vida¹⁰⁹.

O Ministério Público, outrossim, possui legitimidade ativa para ingressar com a referida ação, uma vez que lhe é incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime

¹⁰⁶ NADER, op. cit.

¹⁰⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 357.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ NADER, op. cit., p. 91.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos exatos termos do artigo 127 da Constituição Federal¹¹⁰.

Sobre possibilidade de o Parquet intentar a ação investigatória, Sílvio Salvo Venosa¹¹¹ aduz:

A legitimação extraordinária atribuída ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/1992, quando, no procedimento de averiguação inoficiosa, o pai indicado não responde à notificação em 30 dias ou nega a paternidade [...] Se o Ministério Público tiver elementos suficientes, deverá propor a ação. Trata-se de substituto processual, conforme o artigo 6º do CPC. O Ministério Público propõe a ação de investigação em nome próprio, para defender interesse alheio, ou seja, o do investigante. Essa legitimação extraordinária não exclui a dos interessados que, uma vez proposta a ação podem pedir seu ingresso como assistentes litisconsorciais. Nada impede, da mesma forma, que, não proposta a ação pelo Ministério Público, façam-no os interessados. Se falecer o investigante no curso da ação, desaparece o interesse do Ministério Público, e ação extingue-se [...], porque não há mais a figura do substituído processual para a atuação do substituto, e o interesse de seus eventuais herdeiros passa a ser exclusivamente econômico.

Como se pôde perceber, caracteriza-se como uma legitimidade extraordinária e concorrente, pois o Ministério Público atuará como substituto processual do titular do direito material respectivo, bem como esta legitimação não afasta a propositura da ação pelo próprio investigante, que é quem tem legítimo interesse¹¹²:

ACÓRDAOCIVIL/PROC. CIVIL APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - **LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO** - INTERESSE PROCESSUAL QUE DECORRE DA PRÓPRIA LEGITIMAÇÃO - OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DE AVERIGUAÇÃO OFICIOSA PREVISTO NA LEI Nº 8.560/92 - DESNECESSIDADE DE O MP ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO OUVIR A MAE QUE JÁ INDICOU O NOME DO SUPOSTO PAI, BEM COMO TENTAR UMA COMPOSIÇÃO COM ESTE QUE JÁ NEGOU A PATERNIDADE - ELEMENTOS SUFICIENTES AO AJUIZAMENTO NAO SIGNIFICA EXAME PRELIMINAR DA PROVA PELO JULGADOR - RECURSO PROVIDO. 1 – [...] 2 - **O Ministério Público, quando propõe ação de investigação de paternidade, atua como substituto processual, visto que age em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia, como expressamente autorizado por lei.** 3 - Além da disposição expressa quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade (4º do art. 2º da Lei nº 8.560/92), destaca-se que o art. 127, da Carta Magna, preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa, dentre outros, dos interesses individuais indisponíveis. E o reconhecimento do estado de filiação, tal como é o caso dos autos, é direito indisponível (art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente). 4 - O interesse processual do apelante, *in casu*, decorre da próprio (*sic*) disposição legal que lhe outorgou a legitimação extraordinária

¹¹⁰ O art. 127 da Constituição Federal estabelece: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

¹¹¹ VENOSA, op. cit., p.252.

¹¹² NADER, op. cit., p. 295.

para a propositura da ação de investigação de paternidade, confirmado, além disso, pelo texto constitucional [...]. 7 - Recurso provido¹¹³. (grifos nossos)

Essa matéria, contudo, é alvo de dissídio jurisprudencial, pois nem todos os tribunais pátrios aceitam pacificamente a legitimidade ativa do Ministério Público nas ações de investigação de paternidade.

3.3.1.2 Legitimidade Passiva

A legitimidade passiva é atribuída, em regra, ao suposto pai do investigante. A ação também tem cabimento contra os herdeiros - testamentários ou legítimos-, no caso de o investigado haver falecido.

Entretanto, não pode ser proposta contra o espólio, já que este somente possui legitimidade para defender interesses patrimoniais. Justamente devido ao caráter pessoal da demanda, exclui-se da possibilidade de ingresso contra o espólio, já que este não tem personalidade jurídica¹¹⁴, configurando mero acervo de bens.¹¹⁵

A propositura contra os herdeiros não pressupõe herança, pois o interesse na investigação é também de ordem moral, familiar, a fim de resgatar a paternidade e a regularização do registro de nascimento. Daí não se justificar a exclusão, do pólo (*sic*) passivo, do herdeiro renunciante [...].

Um erro comum, que se constata nos tribunais, é o ajuizamento de ação contra o espólio do suposto pai, quando na realidade deveria ser em face de cada um dos herdeiros. A título de ilustração, eis um dos acórdãos: “*Na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, o espólio do investigado, mesmo representado pela viúva inventariante, não detém a legitimidade ad causam passiva para contestar dita ação, devendo ser citados para a mesma todos os herdeiros necessários*”. (grifo do autor)

Ante a inexistência de ascendentes ou descendentes, quem responderá será o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, e, por fim, na ausência destes, os colaterais até o quarto grau. Do contrário, “o cônjuge do falecido não participará da ação se não concorrer com estes à herança, salvo como representante de filho menor”¹¹⁶.

Em síntese, conclui-se que os legitimados ativos na ação investigatória de paternidade são, em geral, o filho e, em casos excepcionais, o Ministério Público. A legitimação passiva,

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº14060043263**. 2ª Câmara Cível. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgado em: 06 mar. 2007. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183989327/apelacao-civel-ac-70062841812-rs> Acesso em: 06 fev. 2015. Vide também AC nº 0481802013 (TJ/MA, 25/03/2014).

¹¹⁴ TARTUCE, op. cit.

¹¹⁵ NADER, op. cit., p. 296.

¹¹⁶ NADER, op. cit., loc. cit.

por sua vez, recai sobre o indigitado pai, ou, sendo falecido, sobre os seus herdeiros, sejam estes legítimos ou testamentários.

3.3.2. Prova nas ações de investigação de paternidade

A função das provas na investigação de paternidade é indiscutivelmente grande, pois a determinação da filiação depende delas. E a procedência da ação só emanará quando forem inequívocas, eficientes e absolutas, de maneira que o magistrado seja conduzido a declarar convicto à verdade da filiação.

O fato a ser provado nos autos da ação de investigação de paternidade implicará no reconhecimento de filho, onde são permitidos todos os meios de prova legais e legítimos - que podem e devem ser utilizados-, visando à concretização do princípio da verdade real, norteador dessa garantia constitucional, consagrada no artigo 227, §6º da Constituição Federal¹¹⁷. Baseado nisso, conclui Maria Helena Diniz¹¹⁸: “logo, não poderia prevalecer o fetichismo injustificável de dispositivos legais retrógrados, nem se poderia deixar de admitir a produção das provas que fossem necessárias à realização da justiça e à descoberta da verdade real”.

A prova de paternidade é ampla e irrestrita¹¹⁹; dentre os meios aceitáveis, está a confissão - salvo para impugnar a suposição de paternidade -, documento(s), testemunhas e, por fim, mas nem por isso desmerecedora de destaque, a perícia. Contudo, é imperioso salientar que tais modelos probatórios não convergem em direção à verdade real, apenas evidenciam indícios do vínculo genético. Ainda, quanto à oportunidade para produção de provas, está poderá ser feita em durante todo o procedimento, desde a petição inicial até a fase recursal, sem limitações indevidas¹²⁰.

¹¹⁷ Art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º - **Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação**” (grifo nosso).

¹¹⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 501.

¹¹⁹ VENOSA, op. cit., p. 252.

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A prova documental, retrato histórico do fato, constitui-se de escritos, gráficos e fotografias, nos termos do artigo 385, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil¹²¹. Todavia, embora dotada de certa força probante, é insuficiente para a demonstração definitiva da paternidade do investigado, apenas serve para a formação de um juízo de valor em se tratando da efetiva existência da relação afetiva no período da concepção do investigante¹²².

Tanto os documentos públicos (como certidões de nascimento) quanto os particulares (como cartas, bilhetes, cartões, declarações etc.), podem servir como prova na investigatória de paternidade, mas terão que apresentar, em seu teor, elementos que evidenciem ou façam presumir a que o réu da ação e a mãe do investigante mantinham relações sexuais ou tinham um relacionamento notório, de fato.

A prova testemunhal é aquela obtida na produção ou formação do depoimento colhido da testemunha inquirida, pessoa indispensável para solução da lide, pois é ela quem conhece os fatos. Em regra, os depoimentos são ouvidos na audiência de instrução e julgamento¹²³.

Na ação de investigação de paternidade, a prova testemunhal é utilizada quando não for possível a realização da prova pericial (exame de DNA) ou quando as partes rejeitarem a sua realização. Nessas hipóteses, o juiz deve fazer uso dessa prova indireta para fundamentar a sua decisão, quando é preciso demonstrar, por exemplo, o relacionamento afetivo entre a mãe do investigante e o pretense pai. Nesse diapasão, Caio Mário¹²⁴ traz:

Nas ações de investigação de paternidade, é aceita prova testemunhal. E para alguns de seus fundamentos, não há mesmo outro meio senão admiti-la às vezes com exclusividade. Não se pode, no entanto, deixar de alertar às partes a circunstância a todos os títulos frequente de se deixarem as testemunhas influenciar pela amizade e mesmo pela paixão, convertendo frequentemente as ações desse gênero em palco de manifestações competitivas.

A valoração probante terá em conta a coerência interna do depoimento; o conhecimento direto da ocorrência; o tempo da observação, bem como as falhas do testemunho. Inclusive, inserida nesse ponto, está “a alegação, falsa ou verdadeira, de que a mãe do requerente, ao tempo da concepção, manteve relações sexuais com outros homens – *exceptio plurium concumbentium* ou de má conduta notória”.¹²⁵ O pretense pai, a fim de

¹²¹ Art. 385. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. § 1º - Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo. § 2º - Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo.

¹²² NADER, Op. Cit.

¹²³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A prova no direito de família**. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/prova-no-direito-de-familia.html>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

¹²⁴ PEREIRA, op. cit., p. 203.

¹²⁵ TARTUCE, op. cit., p. 297.

afastar a filiação, faz essa declaração em juízo, o que enfraquece a prova testemunhal a favor da mãe.

Uma das descobertas científicas mais excitantes e revolucionárias ocorreu com a tipagem do DNA, (DNA *fingerprinting* ou impressões digitais do DNA), acarretando em uma evolução incontestável na descoberta do pai biológico. Maria Christina de Almeida¹²⁶ retrata:

Por um lado o avanço foi científico, iniciado com as pesquisas do inglês Alec Jeffreys que, em 1985, descobre as impressões digitais do DNA ao notar que certos trechos de sua configuração exibiam polimorfismo, ou seja, ocorriam no genoma em mais de uma forma. Quando vários indivíduos sem parentesco tiveram suas seqüências repetitivas analisadas, Jeffreys observou que não ocorria uma repetição no padrão de DNA de cada um. A variação observada foi de tal ordem que Jeffreys chegou à conclusão de que cada indivíduo na população exibia um padrão único. Por isso ele chamou este padrão de '*DNA Fingerprinting*', ou, impressões digitais do DNA, em analogia com as digitais já conhecidas. Transportando tal constatação científica para a questão da paternidade em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser o pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999%) de que ele realmente seja o pai biológico.

A utilização deste exame determina a fórmula biológica do indivíduo que é única, excetuando-se o caso dos gêmeos univitelinos¹²⁷.

Não se discute quanto à importância da prova pericial¹²⁸, especialmente o exame de DNA, para a ação de investigação de paternidade, dada a certeza científica na determinação da filiação. Essa inovação tornou obsoletos todos os métodos científicos empregados até então para estabelecer a filiação. Em confirmação, Paulo Nader¹²⁹ diz:

Quando se alega a paternidade ou maternidade consanguínea, o decisivo será a prova pelo exame de DNA (ácido desoxirribonucleico), que pode excluir, de modo absoluto, a paternidade e afirmá-la com elevadíssimo grau de probabilidade. Perto deste elemento probatório, todos os outros perdem em muito a sua importância. Os tribunais consideram o resultado do teste de DNA elemento probatório suficiente para fundamentar as sentenças judiciais.

¹²⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. A Prova do DNA: uma evidencia absoluta. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**. v. 4 n. 44. Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_44/Artigos/Art_Maria.htm> Acesso em: 15.12.14. ISSN1518-8876.

¹²⁷ Quando um óvulo é produzido e fecundado por um só espermatozoide e se divide em duas culturas de células completas, origina os gêmeos monozigóticos ou univitelinos ou idênticos, os quais possuem o mesmo genoma. Apenas um terço das gestações é de gêmeos univitelinos. Apesar de serem considerados clones e possuírem o mesmo DNA, gêmeos idênticos não possuem as mesmas impressões digitais devido a que, mesmo num pequeno espaço dentro do útero materno, eles têm contatos com partes diferentes desse ambiente. In: SOUZA, Daniele. **Como diferenciar gêmeos univitelinos?** Disponível em:

<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=1394&sid=9> Acesso em: 07 fev. 2015.

¹²⁸ Vide os julgados: AI nº 70054897822 (TJ/RS, 31.10.13) e AC nº. 10027071222510002 (TJ/ MG, 26.02.14).

¹²⁹ NADER, op. cit., a 57. p. 325.

Com respaldo no artigo 212 do Código Civil¹³⁰, através desse meio de prova, é possível excluir ou atribuir a paternidade questionada com o resultado matemático superior a 99,9999%, ou seja, de certeza absoluta, desde antes do nascimento do filho até mesmo nos casos em que o suposto pai já falecera. Afirma Carlos Roberto Gonçalves:¹³¹

o exame do DNA, devido ao insuperável polimorfismo de seus marcadores, tem-se mostrado de grande utilidade, mesmo quando não dispomos do suposto pai. Na investigação de paternidade com o suposto pai falecido, [...] o primeiro e preferencial caminho é estudar a prole do investigando, pois é plenamente possível, através do estudo dos descendentes, chegarmos à reconstituição dos alelos paternos (denominada de reconstrução reversa da árvore genealógica) e, dessa forma, compará-los com os alelos de origem paterna do reclamante da paternidade. O respaldo deste procedimento, em termos de suporte biológico, é bastante sólido.

Todavia, o exame de DNA não é a única prova a ser realizada nos autos da investigatória de paternidade. E, se a sua realização não for possível, há outros meios de prova alternativos¹³²:

Ao julgador resta o recurso às provas presuncionais ou conjecturais. Do conjunto da prova sempre é possível concluir, dentro do humanamente admissível, pela certeza ou convencimento judicial que, é sabido, nem sempre é preciso coincidir com a certeza material. Esta, as mais das vezes, nas questões processuais de qualquer natureza é inacessível, porque o juiz irá convencer-se pela prova, que não passa de reconstituição dos fatos do mundo. Pela falibilidade de qualquer dos meios de prova, até mesmo os científicos, resta a certeza moral. A certeza material é, via de regra, inacessível. Resta a subjetiva do julgador.

É preciso não olvidar que o teste de DNA não é prova infalível, logo não se devem excluir os demais meios probatórios e o juiz, deve avaliar, prudentemente, o resultado, pois é preciso averiguar a credibilidade do laboratório, a técnica utilizada, o uso de marcadores genéticos adequados, se não houve troca de amostras, falha na leitura ou na transcrição dos dados obtidos. Destarte, o exame científico do DNA não pode transformar o poder judiciário em simples homologador de laudos periciais vindos de laboratórios, devendo o juiz analisar, também, o conjunto de provas produzidas pelas partes¹³³.

Entretanto, havendo exame de DNA, torna-se desnecessário persistir na instrução processual, haja vista o elevadíssimo nível de segurança de probabilidade de acerto¹³⁴ essa prova pericial. Pode ser determinado *ex officio* e a qualquer momento, mesmo em sede

¹³⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 371.

¹³¹ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V – **perícia** [grifo nosso]

¹³² MOURA, Mário Aguiar. A causa de pedir na investigação de paternidade. In: **Doutrinas essenciais** – família e sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4, *passim*.

¹³³ DINIZ, op. cit.

¹³⁴ TARTUCE, op. cit.

recursal. Não resta dúvida que o exame configura prova central, a prova mestra na investigação filial¹³⁵, impingindo uma nova concepção da investigatória.

A realização desta espécie de prova pericial apresenta certa dificuldade, pois, necessita da colaboração de ambas as partes, investigante e investigado, bem como tem custo elevado.

A respeito disso, Antônio Elias Queiroga¹³⁶ aponta:

Este método de pesquisa científica, no entanto, esbarra em dois obstáculos: a) seu alto custo o torna inacessível às pessoas de baixa renda; b) o Supremo Tribunal Federal entende que a sua realização não é impositiva, por ofender o princípio da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, insculpido no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Apesar disso, no que tange às despesas com o exame, a prática do Judiciário de alguns estados tem demonstrado que este poderá ser realizado gratuitamente, através de assistência judiciária gratuita. Corrobora essa informação o Tribunal de Justiça de Rondônia, dentre outros¹³⁷:

DNA. Exame. Hipossuficiência das partes. Assistência judiciária. Cabe ao Estado a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, bem como o pagamento das despesas referentes à realização de exame de DNA quando requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade (CF, artigo 5º, inciso LXXIV, c/c a Lei n. 1.060/50).

O Superior Tribunal de Justiça, visando acabar com discussões acerca da realização do exame de DNA, editou a Súmula 301¹³⁸, tratando da matéria: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai na submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”¹³⁹:

A recusa do réu em submeter-se a exame hematológico ou de outra natureza leva à presunção, ainda que não absoluta, de paternidade. A questão é delicada e dependerá muito do exame do caso concreto pelo magistrado, que analisará se há razões lógicas de recusa por parte do investigando. [...] O exame genético é, portanto, ônus processual da parte. O réu não tem obrigação, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na inexistência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas no processo.

¹³⁵ GONÇALVES, op. cit.

¹³⁶ QUEIROGA, op. cit., p. 287.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Agravo de instrumento nº 10070120050039466**. Relator: Des Eurico Montenegro. Julgado em: 03 set. 2008. Disponível em: <http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6215261/agravo-de-instrumento-ai-10070120050039466-ro-1007012005003946-6> Acesso em: 09 fev. 2015. Vide também: AI nº 20020020056293(TJ/DF, 2002) e AC nº 70060247335 (TJ/RS, 2014).

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 301**. Disponível em: <

http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92016> . Acesso em: 12. ago.14.

¹³⁹ VENOSA, op. cit., p. 255.

Urge salientar que as figuras de pai e genitor são distintas, porque o genitor pode ser qualquer homem que não sofra de *impotencia generandi*¹⁴⁰, bastando demonstrar capacidade instrumental para gerar; pai, do contrário, é mais que mero genitor, podendo até confundir-se com o genitor, mas vai além da mera noção de reprodução¹⁴¹. Afinal, segundo Maria Helena Diniz¹⁴²:

O vínculo socioafetivo não é o menor importante que o biológico, devendo em certos casos prevalecer sobre ele, ante o princípio do melhor interesse da criança. [...] A *verdade real* da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é a vontade procriacional conscientemente assumida e a afetividade. O laço que une pais e filhos funda-se no amor e na convivência familiar. Enfim, ser pai e ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras. O importante, para o filho, é a comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos da personalidade e à sua dignidade como ser humano; o afeto; a solidariedade; e a convivência familiar, para que possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal.

Desse modo, não é suficiente a confirmação do vínculo biológico para que a paternidade seja caracterizada, pois, como se viu acima, o caráter afetivo é também de suma importância.

Logo, deve ser ressaltado o cuidado interpretativo nos resultados dos exames de DNA, pois ele apenas determina a origem genética dos seres humanos, suas raízes ancestrais e não necessariamente a paternidade, a qual, muitas das vezes, sustenta-se pela afetividade, relaxando o rígido laço gerado do vínculo biológico. Destarte, o colhimento de material genético para realização desta prova pericial não elidiu a possibilidade de realização de outros meios probatórios, nem tampouco se tornou uma prova absoluta e inconteste. Mesmo assim, é de fundamental que seja feito dado o considerável grau de precisão.

¹⁴⁰Trata-se da impotência para gerar. FIGUEIREDO, Rodrigo. Saiba mais sobre: filiação. **Portal Carreira Jurídica**. Disponível em: < <http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/saiba-mais-sobre-filiacao> > Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁴² DINIZ, op. cit., p. 514-515.

4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Discutir acerca da relativização da coisa julgada implica em desmistificar um instituto tido, até há alguns anos, como sendo garantia constitucional extremamente intangível. Não há o que se falar da sua elevada importância para o ordenamento jurídico, que busca assegurar a certeza e indiscutibilidade de decisões já emanadas pelo Poder Judiciário.

Contudo, excepcionalmente, casos onde repousa a injustiça em suas decisões, como por exemplo, pedido julgado improcedente em investigação de paternidade ante a ausência de exame de pericial, hipótese que ora se debruça. Nessa situação em específico, não se pode entender a coisa julgada como um valor absoluto e inalcançável, colidindo-se com outros princípios constitucionais de mesma ou superior magnitude, como o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito.

4.1 A TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO

É de notar, no direito brasileiro, do ponto de vista doutrinário posicionamentos diversos sobre a relativização ou mitigação da coisa julgada. Tratar-se-á, a seguir, da desconstituição da coisa julgada não prevista em lei, independentemente de ação rescisória, haja vista ter expirado o prazo para a sua propositura ou do não enquadramento nas hipóteses do artigo 485 do Código de processo civil. Consiste, na visão de Daniel Amorim Assumpção¹⁴³, em “uma forma atípica de relativização da coisa julgada”.

No Brasil, o pioneiro em levantar a tese em comento, citado por Fredie Didier¹⁴⁴, foi José Augusto Delgado, então Ministro do Supremo Tribunal de Justiça à época¹⁴⁵. Ele defende, diante de sua vasta experiência, “a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afronte os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou se desafine com a realidade dos fatos”.

Em seu artigo,¹⁴⁶ traz um rol exemplificativo de decisões inconstitucionais que podem transitar em julgado, quais sejam: decisões que ofendam a soberania estatal; violem os princípios guardadores da dignidade humana; obriguem alguém a fazer ou a deixar de fazer

¹⁴³ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 505.

¹⁴⁴ DELGADO, José Augusto *apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual brasileiro**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, v. 2. p. 583.

¹⁴⁵ Ministro do Supremo Tribunal Federal no período de 14 de dezembro de 1995 a 5 de junho de 2008.

¹⁴⁶ DELGADO, José. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 103.

algo de forma contrária à lei; impeçam a liberdade de atuação dos cultos religiosos; expedidas sem a devida citação do demandado com as garantias asseguradas pela lei processual.

A ideia de relativização da coisa julgada, não importa em assunto novo, mas é resultado da ampliação de um fenômeno antes tímido, que se restringia às hipóteses de cabimento da ação rescisória¹⁴⁷. Como principais defensores, encontramos autores do porte de Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco e Juliana Cordeiro Faria¹⁴⁸.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁴⁹ afirma que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização da incerteza, enfatizando que o rigor com que vem sendo encarado o instituto da coisa julgada chega ao ponto de transformar a realidade. Cita, nesse sentido, a frase de Pontes de Miranda¹⁵⁰ “levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*”.

Nesse diapasão, a doutrina começou a defender a tese da “relativização da coisa julgada”, ensinando que o julgador pode rever a coisa julgada quando se der situação em que ela for manifestamente injusta, inconstitucional (ainda que sem declaração do STF em controle concentrado) ou, ainda, desproporcional.

A premissa da tese reside na afirmação de que não existe garantia constitucional que seja absoluta e a referida orientação advém da existência de antinomias presentes no prisma constitucional do ordenamento jurídico. Em síntese, essa garantia não pode transcender os efeitos a serem imunizados e ela deve ser equilibrada juntamente com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos que conduzem à produção de resultados justos¹⁵¹.

Esta é a pedra de toque da doutrina da relativização da coisa julgada: o valor da segurança das relações jurídicas não é, nem pode ser, absoluto no sistema. A seu lado deve ser garantida a justiça das decisões judiciárias, positivado na garantia do acesso à justiça (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV).

A desconsideração da coisa julgada, portanto, vem sendo admitida com o fito de não se cristalizarem injustiças, mediante outra decisão jurisdicional quando houver novas provas apresentadas ao processo que ensejariam reconhecimento da pretensão autoral (e não por uma nova ação).

¹⁴⁷ WAMBIER; MEDINA, op. cit., p.56.

¹⁴⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização**, In: Coisa julgada inconstitucional (Coord.) NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

¹⁴⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 223-224.

¹⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. In: DINAMARCO, 2009, op. cit., p. 256.

¹⁵¹ DINAMARCO, op. cit., p. 219.

4.1.1 A teoria relativizadora aplicada à investigação de paternidade

A doutrina e a jurisprudência, com a descoberta e propagação da possibilidade de descoberta da verdade real¹⁵² através do teste de DNA, começam a repensar a garantia constitucional e o instituto técnico da coisa julgada nas demandas de filiação, com a consciência de que não seria legítimo fazer prosperar efeitos imunizantes de uma decisão em relação a ações em que o pronunciamento judicial esteja eivado de flagrante injustiça.

Passou-se a admitir, então, o retorno ao Judiciário pelo filho ou pelo pai nas ações de investigação de paternidade, quando a sentença que decidiu pela improcedência resultou da insuficiência ou ausência de provas ou da não realização do exame pericial de DNA, seja porque ainda não existia à época, seja por impossibilidade devido ao seu alto custo quando do surgimento. Sobre as provas insuficientes, posiciona-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RELEVANTE INTERESSE. A arguição de inépcia da petição inicial não calha, na medida em que a parte não teve dificuldades em compreender o intento do agravado, tanto que sobre ele discorreu com precisão no presente recurso. **A coisa julgada é relativizada quando a ação de investigação de paternidade é julgada por falta de provas.** No caso, as partes já tiveram ação similar ajuizada na década de 1980, ocasião em que a...

Isso porque, segundo Maria Berenice Dias¹⁵⁴, impedir que o filho possa descobrir sua origem, quem é o seu pai, na verdade, apenas lastreado na segurança jurídica, significa ferir completamente uma gama de valores constitucionalmente protegidos.

¹⁵² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada. Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Recurso Especial nº 1.375.644/MG**. 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 01 abr. 2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138111/recurso-especial-resp-1375644-mg-2013-0082150-4-stj/inteiro-teor-25138112> Acesso em: 09 mar. 2015

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº 1193478**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz Julgado em: 14 jun. 2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22045508/agravo-de-instrumento-ai-70048487763-rs-tjrs/inteiro-teor-22045509> Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 366.

Hodiernamente, o DNA tornou-se um instrumento poderoso para se descobrir a paternidade que a recusa imotivada do investigando em se submeter ao exame passou a representar em presunção da paternidade que se pretendia provar. Antes (ou até mesmo pouco tempo após), quando tal recusa se manifestava, sustentada no princípio *nemo tenetur se detegere*¹⁵⁵, diversas decisões judiciais reconheceram a paternidade baseadas em testemunhas e exames de sangue¹⁵⁶, que, como dito outrora, se prestavam tão somente para a sua exclusão. A exemplo, eis decisão da década de 1990, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo¹⁵⁷:

APELACAO CIVEL AÇÃO DE INVESTIGACAO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - FIXACAO A PARTIR DA CITACAO - PROVA TESTEMUNHAL E EXAME DE SANGUE E FATOR RH - PROVA INCONTESTE - RECURSO IMPROVIDO. 1) CONSTANDO DOS AUTOS PROVA TESTEMUNHAL CONVERGENTE A CONFIRMACAO INCONTESTE DA PATERNIDADE, SOMADA A REALIZACAO DE EXAME DE SANGUE E FATOR RH QUE NOTICIAM A NAO EXCLUSAO DA PATERNIDADE, CORRETO SE APRESENTA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. 2) NA AÇÃO DE INVESTIGACAO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS, ESTES SERAO DEVIDOS A PARTIR DA CITACAO. 3) RECURSO IMPROVIDO. (grifos nossos)

Dessa forma, a filiação reconhecida pelas decisões que não faziam uso da prova pericial não pode simbolizar a verdade real, ou seja, a paternidade pode ter sido reconhecida devido ao fornecimento precário de provas, e, assim, as decisões não seriam plenamente justas. Por turno, a realização do exame de DNA possibilita rechaçar presunções, já que essa espécie de prova, cuidadosamente produzida, leva à certeza quase que absoluta (99,999%). Flávio Tartuce¹⁵⁸ corrobora:

O exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá certeza quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. O exame em questão veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida [...].

Consoante Maria Christina de Almeida¹⁵⁹, a possibilidade de mitigação da coisa julgada não pode ser excluída, pois, é cediço que, com o surgimento do meio técnico de DNA, a verificação do vínculo da filiação no bojo das ações de investigação de paternidade tornou-se mais eficaz e precisa, através do vínculo genético. Afinal, segundo a doutrinadora,

¹⁵⁵ Oriundo do Direito Romano, significa o direito de não produzir prova contra si mesmo.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, vide também Apelação Cível nº 267863319918070000 da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgada em 20 de agosto de 1992, de relatoria do Desembargador: Vasquez Cruxên.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Cível nº. 36989000280**. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Antônio José Miguel Feu Rosa. Julgado em: 22 set. 1998. Disponível em: <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6690447/apelacao-civel-ac-36989000280-es-036989000280-tjes>. Acesso em: 25 jan. 2015.

¹⁵⁸ TARTUCE, op. cit., p. 417.

¹⁵⁹ ALMEIDA, op. cit.

configura-se uma patente insegurança jurídica a decisão prolatada sem haver sequer fundamento de ordem científica e, nesse caso, é preciso repensar a coisa julgada no afã de que esta não se desconecte da justiça.

Entre os defensores da relativização da coisa julgada, há o consenso de que só se daria o fenômeno da imutabilidade se numa demanda de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas admitidas em lei, o que inclui o exame de DNA. Noutra dizer, conforme Christiano Chaves¹⁶⁰:

[...] Não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Em outras palavras, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for.

Enfim, conclui-se que a relativização do instituto da coisa julgada é defendida apenas em casos excepcionais¹⁶¹, “notadamente das inovações científicas, de que serve de exemplo o exame genético para a identificação da filiação biológica”,¹⁶² nas ações investigatórias de paternidade onde não foram esgotados todos os meios de prova, não ocorrendo a configuração da filiação socioafetiva.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COLIDENTES

A relativização da coisa julgada pode ser vislumbrada como um conflito ou tensão entre garantias constitucionais: de um lado, tem-se a segurança jurídica fornecida pela coisa julgada e, de outro o princípio da dignidade da pessoa humana, simbolizando a justiça na situação específica¹⁶³.

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8254-8253-1-PB.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

¹⁶¹ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE NOME EM REGISTRO IMOBILIÁRIO - SENTENÇA EXTINGUINDO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR OFENSA À COISA JULGADA - INSURGÊNCIA - PRETENSÃO DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - BUSCA DE DIREITO DISPONÍVEL/PATRIMONIAL - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTE DO STF - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A relativização da coisa julgada somente é permitida em casos excepcionais, como nas ações de investigação de paternidade. No caso dos autos, que se busca a tutela de direitos meramente patrimoniais, a relativização fica obstada, mormente porque o apelante não trouxe qualquer indício novo do direito pretendido. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº 1193478**. 11ª Câmara Cível. Relator: Des. : Gamaliel Seme Scaff. Julgado em: 15 out. 2014. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150081432/apelacao-apl-11934780-pr-1193478-0-acordao> Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁶² DIDIER Jr., op. cit., p. 588.

¹⁶³ TARTUCE, op. cit., p. 416.

Segundo Eduardo Talamini¹⁶⁴, resolve-se a grande celeuma representada pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve a mesma obediência, por ocuparem a mesma hierarquia normativa, com a utilização técnica de ponderação. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, estabelecer-se-á qual dos valores em conflito deverá prevalecer, porém, atribuindo-se a devida importância a cada um deles, sem que nenhum reste desmerecido.

Afinal, diferentemente do conflito de regras que resulta em uma antinomia, resolvida pela perda de validade de uma delas, no conflito de princípios, apenas se privilegia um, sem que implique no desrespeito completo do outro.

Por outro lado, há que se destacar a relatividade dos princípios, pois não há princípio que possa ser acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, daí a necessidade do princípio da proporcionalidade, para que se respeitem as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios tendentes a colidir.

O Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 363.889/DF¹⁶⁵, reputou necessária a superação da coisa julgada, cuja decisão terminativa se dera por insuficiência de provas. O princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou, igualmente, não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução dos meios de prova voltados para esse fim.

Seja qual for o instrumento processual utilizado para a relativização da coisa julgada o que se deve ter em mente é que tal só ocorra em casos excepcionais e que realmente justifique a medida, o que ocorrerá através da proporcionalidade¹⁶⁶.

¹⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁶⁵ BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 363.889/DF, Relator: Min. Dias Toffoli, 2011. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito processual civil. Investigação de paternidade. RE nº 708130/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 29 jul. 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25220835/recurso-extraordinario-re-708130-df-stf> Acesso em: 07 dez.2014.

¹⁶⁶ “A relativização da coisa julgada material é uma tese extremamente polêmica, que nasceu no seio do Superior Tribunal de Justiça (Min. José Delgado) e que, mesmo entre os que a aceitam, só é defendida em casos realmente extraordinários. Essa tese parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo todos eles ser sistematicamente interpretados de modo harmonioso e, conseqüentemente, aplicando-se à coisa julgada o princípio da proporcionalidade, utilizando para o caso de colisão entre princípios constitucionais. Esse princípio significa que, em caso de conflito entre dois ou mais valores tutelados pela Constituição, deve-se dar prevalência àquele que no caso concreto se mostre mais intimamente associado à índole do sistema constitucional. Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça

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 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 liberdade¹⁶⁷.

Seguindo as ideias já expostas até então, diante de cada caso concreto, dever-se-á ponderar qual valor deverá prevalecer, inclusive suprimindo a coisa julgada, pois, no dizer de Dinamarco: "a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios".¹⁶⁸ Até porque, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano”¹⁶⁹.

É imprescindível, por conseguinte, uma adequação à realidade, com o sacrifício do mínimo possível de interesses. Assevera Paulo Nader¹⁷⁰ que, a princípio, a segurança das decisões deve se sobressair para não comprometer a ordem social com a incerteza. A coisa julgada deve ser mitigada sempre que existirem, em concreto, razões maiores e princípios de alcance superior¹⁷¹.

4.3 CRÍTICAS DIRIGIDAS À RELATIVIZAÇÃO

Muito embora seja de forte influência a parcela da doutrina que acata a flexibilização do instituto da coisa julgada, há autores que demonstram certa resistência em aceitá-la. Luiz Guilherme Marinoni¹⁷² preocupa-se com a banalização que a coisa julgada sofreria e com o caos que se instalaria entre as pessoas:

outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material”. In: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21 ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁶⁷ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 22.643-6/PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2002.

¹⁶⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 43.

¹⁶⁹ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 574.

¹⁷⁰ NADER, op. cit.

¹⁷¹ A esse respeito, confira o Recurso Especial nº 876.434 /RS (do ano de 2006), de relatoria do Ministro Raul Araújo, o qual demonstra bem a prevalência o direito à filiação com base no princípio da dignidade da pessoa humana sobre a segurança jurídica trazida pela coisa julgada. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613108/recurso-especial-resp-876434-rs-2006-0183940-0-stj/inteiro-teor-21613109>

¹⁷² MARINONI, op. cit., p. 702-703.

A impossibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização de conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da “demora da justiça”[...] O grande filósofo alemão Gustavo Radbruch há muito criticava a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça, quando dizia que a “disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos.

A parte da doutrina que refuta a não absolutilidade da coisa julgada, exceto nos casos em que a lei determina instrumentos viáveis para tanto, entende que coexistem valores constitucionais que estão no mesmo patamar e que, por isso, precisam ser devidamente ponderados. Contudo, sustentam que qualquer necessidade de ponderação legal e que as hipóteses de relativização estão alocadas no artigo 485¹⁷³ do Código de Processo Civil (rodapé com as hipóteses), por meio da ação rescisória, no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.

Segundo Humberto Theodoro Jr.¹⁷⁴, há entendimento da 4ª Turma da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, considerando o exame de DNA realizado após a sentença de ação de investigação de paternidade como documento novo, enquadrando-se, assim, na possibilidade de propositura de ação rescisória fundada no inciso VII do dispositivo acima citado¹⁷⁵.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, justamente por refutarem a tese da relativização, acatam esta corrente sob o fundamento de que “desconsiderar a coisa julgada é

¹⁷³ Art. 485. 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. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm > Acesso em: 06 out. 2014.

¹⁷⁴ THEODORO JR., Humberto. **Curso de processo civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1. p.787.

¹⁷⁵ Reza o disposto no inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] 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;”.

eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo”¹⁷⁶.

Acontece que tal posicionamento não é unânime e se deve ser lembrado que o fato de o documento ser novo, isso não quer dizer que ele o seja na sua constituição, mas no quesito novidade, ou seja, dele não se tinha conhecimento acerca da existência e sua presença no processo seria deveras impactante, podendo gerar resultado diverso do ocorrido e até mesmo favorável para a parte que teve sua pretensão rejeitada¹⁷⁷.

Na mesma esteira, caminha José Carlos Barbosa Moreira,¹⁷⁸ o qual critica a relativização da coisa julgada nas ações de paternidade após o prazo estabelecido o prazo de dois anos para propor ação rescisória, pois, de acordo com o doutrinador, não seria plausível autorizar o juiz de primeiro grau a desconsiderar o acórdão passado em julgado da Excelsa Corte.

Sérgio Gilberto Porto¹⁷⁹ entende que quando uma ação investigatória de paternidade é julgada improcedente, ela poderia ser novamente proposta sem bater de frente com a coisa julgada, na condição de que outras provas fossem invocadas. Uma prova ainda não utilizada, segundo ele, configuraria uma nova causa pedir. Assim também é o pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁸⁰ quando confirmam que “a ação fundada em exame de DNA teria causa de pedir diferente e, portanto, não se poderia falar em coisa julgada, no caso”.

Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁸¹ embarga a relativização da coisa julgada na medida em que afirma que a força da coisa julgada não deve ser atrelada a não produção de injustiça e nem deve ser consagrado como pressuposto par a sua flexibilização o fato de esta injustiça ser grave ou séria, pois, ao adotar esse critério não sobrarão mais nada do instituto. Até porque, se assim o fosse, toda e qualquer sentença seria passível de ser chamada de injusta pelo sucumbente e essa injustiça sempre seria de natureza grave. Não, há, enfim, parametrizar o que seria considerado injusto e a escala de gravidade dessa injustiça.

¹⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.686.

¹⁷⁷ MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 11 ed. v. 5, n.º 73, p. 133.

¹⁷⁸ Idem. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: **Temas de direito processual – nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 260-1.

¹⁷⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

¹⁸⁰ WAMBIER, MEDINA, op. cit., p. 540.

¹⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004. P. 215.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁸², não há necessidade de se proceder à relativização da coisa julgada, haja vista que o sistema processual fornece solução jurídica razoável para a celeuma das ações de investigação de paternidade onde não foi realizado (por não existir à época ou não ter sido possível).

A coisa julgada ter sua importância respeitada e, por isso, a sua mitigação deve se dar apenas em casos excepcionais, como bem admite Cândido Rangel Dinamarco¹⁸³, o qual assevera que as situações extraordinárias e raras devem ser tratadas mediante critérios extraordinários. É incumbido aos juízes, no entanto, descobrir as situações nas quais a relativização pode ocorrer, negando-se a ceder toda vez que do caso em concreto não derive absurdos ou injustiças graves, segundo entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁸⁴:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PEDIDO DE ALIMENTOS. REPRODUÇÃO DE AÇÃO JÁ DECIDIDA, COM JULGAMENTO DE MÉRITO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO, CONFORME ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL, NAS CAUSAS EM QUE ENVOLVE PATERNIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICABILIDADE, NO ENTANTO, DE FORMA EXCEPCIONAL. INADMISSIBILIDADE NA HIPÓTESE. EXAME DE DNA JÁ REALIZADO NA AÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO QUE SE IMPÕE. ART. 267, V, DO CPC. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. RECURSO DESPROVIDO. A aplicação da teoria da relativização da coisa julgada deve ser excepcional, mesmo nas hipóteses de demanda que envolva paternidade. Ela "deve ser admitida sempre com reserva, com a máxima cautela, sob pena de se correr o risco de banalizar o instituto, gerando mais injustiça, insegurança e intranquilidade social." (TJRS, AI 70029078813, Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. em 30-9-2009) "É admissível que a coisa julgada material seja relativizada em ação de investigação de paternidade quando não se produziu exame genético para afirmar o vínculo biológico entre as partes." (grifos nossos)

Portanto, que a relativização da coisa julgada deve acontecer somente em situações de caráter excepcional e de extrema injustiça concreta, com o objetivo de superar decisão já transitada em julgado. Exemplificado concretamente essa possibilidade, tem-se a ação de investigação de paternidade na qual ainda não foram esgotados todos os meios de prova, especialmente a realização do exame de DNA.

¹⁸² DINAMARCO, op. cit., p. 198.

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação cível nº 641384**. 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em: 09 jun. 2010. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17762583/apelacao-civel-ac-641384-sc-2009064138-4> Acesso em: 10 jun. 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descoberta do exame científico de DNA possibilitou a verificação da verdade genética de forma mais precisa e segura. Nesse cenário, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir sobre a garantia constitucional – e também instituto do processual- da coisa julgada nas demandas que buscam desvendar a filiação, nas demandas que não tomaram por base essa espécie de prova. Desse modo, viabilizou-se a reabertura de discussão dessas ações. Isso fez com que incertezas fossem dissipadas e injustiças, não perpetuadas.

Consoante exposto, no transcorrer do trabalho, abordaram-se os mais diversos posicionamentos de doutrinadores de renome, divergentes acerca do tema em tela.

A relativização da coisa julgada, embora encontre entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, ainda esbarra em resistência por uma parcela da doutrina, tendo em vista a preocupação de que a mitigação de tão relevante instituto torne-se algo banal, subjugando as relações sociais ao temor da instabilidade e conduzindo a mente das pessoas ao demérito do Poder Judiciário que, segundo o que pensam eles, certamente, assoberbar-se-ia de decisões de caráter confuso.

É indiscutível a importância da coisa julgada, pois ela assegura a certeza e a irretocabilidade de decisões proferidas pelo Poder Judiciário que garante a estabilidade definitiva e, via de consequência, a convivência social harmônica.

Todavia, há situações excepcionais em que a injustiça se encontra na sua mais extrema faceta, como é o caso da ação de investigação de paternidade com pedido improcedente devido à falta de embasamento científico. Nessa hipótese, a coisa julgada não pode petrificar uma decisão absurda, pois isso colide frontalmente com princípios de ordem constitucional de igual ou maior magnitude, a exemplo do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Não se pode defender a banalização da coisa julgada. O que pode ser feito é uma reformulação coerente com ideal de busca da efetividade processual. Logo, deve haver equilíbrio entre uma convivência pacífica adequada e as garantias constitucionais existentes, em especial as de maior calibre.

Desse modo, não obstante demonstrado o valor da coisa julgada para o Estado Democrático de Direito, este instituto, conforme julgados trazidos para compor este trabalho, através da revisão de literatura, indicaram que, apenas em casos de extrema excepcionalidade é que deverá haver a relativização: a injustiça deflagrada na patente inconstitucionalidade é uma das hipóteses permitidas, o que responde à pergunta aplica à pesquisa.

Hoje, para se aferir a paternidade, há cenário bem mais pacífico que nas décadas anteriores, pois é possível relativizar o exame de DNA sem custos elevados e essa tecnologia tem sido a primeira alternativa quando o caso é permeado pela dúvida.

Enfim, seja qual for o fundamento adotado com o fito de se permitir que o exame de DNA descortine o correto estado de filiação, este será absolutamente constitucional, pois estará com toda certeza garantindo a vigência de direitos e princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. A Prova do DNA: uma evidencia absoluta. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**. v. 4 n. 44. Janeiro, 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_44/Artigos/Art_Maria.htm> Acesso em: 15 dez. 2014. ISSN1518-8876.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. Barueri: Manole, 2004. v. 1.

APOLLINÁRIO, Fabio. **Metodologia da ciência: filosofia e prática da pesquisa**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Lei nº. 12.004 de 29 de julho de 2009. Altera a Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de jul. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

_____. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

_____. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Lei nº. 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de dez. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L8560.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

_____. Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República**

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

_____. Decreto-Lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, RJ, 4 de jan. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 301**. Disponível em: < http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92016> . Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. **REsp. 1102838**, Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 17-12-2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17994726/recurso-especial-resp-1102838-rs-2008-0274321-4>. Acesso em: 15 mar.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito processual civil. Investigação de paternidade. **RE nº 708130/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 29 jul. 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25220835/recurso-extraordinario-re-708130-df-stf> Acesso em 7 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº14060043263**. 2ª Câmara Cível. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgado em: 06 mar. 2007. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183989327/apelacao-civel-ac-70062841812-rs> Acesso em: 06 fev. 2015.

_____. **Apelação Cível nº. 36989000280**. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Antônio José Miguel Feu Rosa. Julgado em: 22 set. 1998. Disponível em: <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6690447/apelacao-civel-ac-36989000280-es-036989000280-tjes> . Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº 1193478**. 11ª Câmara Cível. Relator: Des.: Gamaliel Seme Scaff. Julgado em: 15 out. 2014. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150081432/apelacao-apl-11934780-pr-1193478-0-acordao> Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Agravo de instrumento nº 10070120050039466**. Relator: Des Eurico Montenegro. Julgado em: 03 set. 2008. Disponível em: <http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6215261/agravo-de-instrumento-ai-10070120050039466-ro-1007012005003946-6> Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação Cível nº 1193478**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. : Alzir Felipe Schmitz Julgado em: 14 jun. 2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22045508/agravo-de-instrumento-ai-70048487763-rs-tjrs/inteiro-teor-22045509> Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito Processual Cível. Investigação de paternidade. **Apelação cível nº 641384**. 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em: 09 jun. 2010. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17762583/apelacao-civel-ac-641384-sc-2009064138-4> Acesso em: 10 jun. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed – São Paulo: Malheiros, 2004.

CREMASCO, Suzana Santi. **Coisa julgada nas ações de paternidade**: apontamentos sobre a flexibilização. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/12_doutrina.investigacao.paternidade.pdf Acesso em: 11 de jan. 2015.

DELGADO, José. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 103.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.

DIEHL, Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do direito processual civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

_____. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7 >

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8254-8253-1-PB.htm> Acesso em: 16 jan. 2015.

FIGUEIREDO, Rodrigo. Saiba mais sobre: filiação. **Portal Carreira Jurídica**. Disponível em: < <http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/saiba-mais-sobre-filiacao> > Acesso em: 10 ago. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A prova no direito de família.** Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/prova-no-direito-de-familia.html>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

IBAIXE JR, João. **Ensino jurídico: entre a pesquisa zetética e dogmática.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2525902>> Acesso em: 10 out. 2013.

KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: relativização da coisa julgada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOURA, Mário Aguiar. A causa de pedir na investigação de paternidade. In: **Doutrinas essenciais – família e sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 2 ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Método, 2010. v. único.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 5.

- PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil: direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANTOS, A. R. **Metodologia científica: a construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. vol. 1.
- _____. **Sentença e coisa julgada**. 4 ed. São Paulo: Fabris, 1995.
- SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza. **Processo civil**. 6 ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.v. único.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9 ed. rev. atual. ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 5.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.
- _____. FARIA, Juliana Cordeiro. **Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização**. In: Coisa julgada inconstitucional (Coord.) NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.6.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**. Belo Horizonte: v. 27, n. 21. p. 400-418, 1979. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 8 ed. red. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 v. 1.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.