

Evelin de Oliveira Leite

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA
JULGADA NAS INVESTIGAÇÕES
DE PATERNIDADE**



**Fortaleza-CE
2022**

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Roberta Araújo Formighieri (Metrandu pela UNIFRO)
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

LEITE, Evelin de Oliveira

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS INVESTIGAÇÕES DE
PATERNIDADE

Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2022 –102p. Impresso

ISBN: 978-85-7872-584-6

1. Direito Civil 2. Investigação de Paternidade I. Coisa Julgada.

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil
Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. Dois, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DA COISA JULGADA	9
2.1. Sentença.....	9
<i>2.1.1.Requisitos da sentença.....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.2.Sentenças terminativas.....</i>	<i>13</i>
<i>2.1.3. Sentenças Definitivas</i>	<i>14</i>
<i>2.1.3.1 Efeitos das Sentenças Definitivas</i>	<i>15</i>
2.2. A intangibilidade da coisa julgada	17
<i>2.2.1. Conceito</i>	<i>17</i>
<i>2.2.2.Coisa Julgada Formal e Material: Breve distinção</i>	<i>18</i>
<i>2.2.3. Limites da Coisa Julgada</i>	<i>19</i>
<i>2.2.4. Efeitos da Coisa Julgada</i>	<i>22</i>

2.3. Efetividade do processo.....	23
3. AÇÃO RESCISÓRIA	25
3.1. Objeto da Rescisão	26
3.2. Artigo 966 – Princípio da Taxatividade na Ação Rescisória	28
3.3. Elementos favoráveis e contrários a relativização da coisa julgada.....	38
4. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	47
4.1. O que é paternidade?Qual sua importância na formação de um indivíduo	48
4.2. Direito à filiação	52
4.3. Paternidade presumida	55
4.4. Ação de Investigação de Paternidade	60
4.5. Natureza jurídica da Ação de Investigação de Paternidade	66
4.6. Direito à personalidade e à dignidade x Segurança Jurídica.....	68

4.7. Tendência da Desbiologização do Direito 72

4.8. Relativização da Coisa Julgada nas Investigações de Paternidade..... 74

4.8.1 A coisa julgada segundo as provas produzidas no processo 75

4.8.2 Diversidade da causa de pedir..... 80

4.8.3. Regime especial da ação rescisória na investigação de paternidade 81

5. PACIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL 87

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 95

BIBLIOGRAFIA..... 95

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada tem *status* constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, sendo diretamente atrelada ao princípio da segurança jurídica, qual seja o princípio que busca a pacificação social e estabilidade das relações jurídicas decorrentes desta.

Porém deve a coisa julgada prevalecer diante de sentenças inconstitucionais? A busca à justiça e aos demais princípios fundadores do Estado Soberano devem ser esquecidos sob o fundamento da segurança jurídica? Deve ser mantida a imutabilidade de uma sentença visivelmente injusta tão somente para a proteção da estabilidade jurídica?

A relativização da coisa julgada tem sido cogitada com o objetivo de sanar injustiças decorrentes de decisões judiciais proferidas com inconstitucionalidade, se apresentando em maior massa no tocante às matérias cíveis e penais, encontrando a relativização da coisa julgada tributária, ainda, pequena guarida.

No campo do Direito de Família, a coisa julgada tem sido repensada nas ações que buscam investigar

a paternidade, assim, seus defensores sustentam a flexibilização da coisa julgada nestas ações, calcados na busca da verdade real e na dignidade da pessoa humana para facilitar o encontro entre o direito e a justiça.

Neste sentido, a obra apresenta um breve relato sobre o instituto constitucional da coisa julgada, sobre a ação rescisória, para posteriormente penetrar na mitigação da coisa julgada nas investigações de paternidade, expondo as teses doutrinárias e jurisprudenciais que existiam sobre o assunto até o julgamento do RE 363.889, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que pacificou o tema.

E por derradeiro, salienta-se que se pretende provar que a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade e vivemos em um Estado democrático de Direito, no qual os homens que aqui vivem são livres, como preceitua a Carta Magna.

2 DA COISA JULGADA

Precípua discorrer sobre sentença antes de esmiuçar a “*res iudicata*”, para tanto haverá uma breve classificação deste ato terminativo do processo.

2.1. Sentença

O Código de Processo Civil (CPC) define em seu artigo 203, quais são os atos de competência do juiz, a saber: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. O ato que nos ocuparemos, pois é de crucial importância para o estudo da “*res iudicata*”, é a sentença.

A definição de sentença é trazida pelo legislador no parágrafo primeiro do referido artigo, optando por este conceito, acabou por caracterizá-la pelo resultado por ela produzido¹, pois se implicar na situação

¹ CRIVELARO, Paulo César. **Desconsideração da coisa julgada nas investigações de paternidade**. 1 ed. Leme/SP: Haberman, 2009, p.07.

prevista no artigo 485 do CPC haverá sentença terminativa ou se implicar na extinção por meio do artigo 487 do mesmo diploma legal haverá sentença definitiva.

Anota-se que o resultado por ele produzido, cuida-se do encerramento de uma das etapas do procedimento em primeira instância, o juiz singular proferirá decisão que implicará no julgamento do mérito ou não. No entanto, dentro do prazo legal, a parte que sentir-se inconformada poderá interpor o recurso cabível, só assim se encerrará a ideia de primeira instância.

Destarte, verifica-se que o conceito de sentença está ligado a aplicação do preceito abstrato da norma imposto pela ordem jurídica ao caso concreto posto sob a apreciação de um juiz que comporá a lide, decidindo o mérito ou não, nas hipóteses autorizadas por lei.

2.1.1. Requisitos da sentença

O artigo 489 do diploma processual civil arrola em seus incisos, quais elementos devem integrar a

estrutura das sentenças, para que elas sejam consideradas válidas.

O primeiro é o relatório, onde há um breve histórico acerca do que relevante aconteceu no processo, o juiz sintética e didaticamente descreve todo o percurso do processo, com as suas principais ocorrências, além de identificar os elementos da causa.

É intrínseco que haja o segundo requisito, fundamentação, pois neste elemento o Magistrado aplica o preceito constitucional de que toda decisão deve ser motivada (art. 93, inciso IX), nesse sentido Fredie Didier Junior:

Tendo em vista, pois, que o convencimento judicial normalmente está fundado em um juízo de verossimilhança (ou na idéia da “verdade possível”), dada a impossibilidade material de alcançar-se efetivamente a “verdade” impõe-se que o magistrado dê legitimidade à sua tarefa ².

A fundamentação é premissa da conclusão, do dispositivo, todas as questões resolvidas na

² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v 2. Salvador/BA: Jvspodium, 2009, p.289.

fundamentação não são acobertadas pelo manto imutável da coisa julgada material, consoante o disposto no artigo 504 do CPC, assim poderá ser rediscutida em novo processo com as mesmas partes, mas com objeto jurídico diferente.

Já o derradeiro e último requisito, é o dispositivo, a parte final da sentença em que o Estado analisa e, entrega ou não a tutela pretendida pelo autor. Aqui como adiante veremos recairá a autoridade da coisa julgada.

Cumpra anotar, que sem os requisitos, relatório e fundamentação haverá vício capaz de inclusive anular de pleno direito e de forma insanável o julgado que descurou do exigido pela lei e Constituição. No entanto, se a sentença não contiver a parte dispositiva, considera-se este vício a inexistência do ato, neste sentido José Frederico Marques ensina:

A parte dispositiva, por outro lado, é tão essencial à sentença que, à sua falta, inexistente será sua decisão. Mesmo que da fundamentação possa concluir-se de que forma seria a decisão, impossível existir sentença sem que o juiz declare explicitamente, qual seu julgamento sobre a lide.³

³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. Campinas/SP: Millenium, 1999, p.468.

2.1.2. Sentenças terminativas.

Como anotado anteriormente, a sentença deve conter os requisitos essenciais para que seja considerada válida, surge então a primeira distinção entre as espécies de sentença, pois as chamadas sentenças terminativas, ou sentença sem julgamento de mérito, podem ter os requisitos essenciais concisos, ou seja, não precisam ser explícitos, podem ser resumidos.

Outra distinção, é que nas sentenças terminativas, não há resolução de mérito, ou seja, não se resolve a pretensão trazida ao juiz em busca da satisfação, fazendo coisa julgada tão somente formal (a qual veremos adiante).

Como explica Fredie Didier Junior:

“Quando reconhece existente qualquer uma das causas constantes do rol do artigo 485 CPC, o juiz constata a impossibilidade de julgar/resolver o pedido do demandante. Profere, neste caso, decisões terminativas (“Sentenças Processuais”)”⁴.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos de Processuais e Condições da Ação: O Juízo de Admissibilidade no Processo**. São Paulo/SP: Saraiva, 2005, p.301.

2.1.3. Sentenças Definitivas

Ao contrário das sentenças terminativas, nas sentenças definitivas ou sentença com julgamento do mérito a pretensão que é a tutela jurisdicional é entregue pelo juiz que acolherá ou rejeitará no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.

O direito objetivo se transfunde ao caso concreto e cada litigante terá o que é seu, por meio da declaração de vontade e de um juízo lógico do magistrado.

Como preleciona Vicente Grecco Filho:

“Ao extinguir o processo com julgamento do mérito define que as decisões decorrentes desta espécie de sentença, fazem coisa julgada material e se tornam imutáveis, impedindo a repetição da demanda”.⁵

⁵ FILHO, Vicente Grecco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. v. 2. São Paulo/SP: Saraiva, 2003, p.16.

2.1.3.1 Efeitos das Sentenças Definitivas

A sentença definitiva ou sentença de mérito, como já vimos, é aquela em que o juiz resolve a contenda, trazendo três distintos efeitos, que na Obra Instituições de Direito Processual Civil do Prof. Cândido Rangel Dinamarco (2005, p.193-253), assim se classificam:

a) Sentenças meramente declaratórias: Verifica-se que os doutrinadores brasileiros a entendem como a mais simples. Fundamentada no artigo 19 do CPC, consiste na sentença que declarará a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de documento.

A parte que busca uma tutela estatal, por meio de uma sentença declaratória, pretende obter uma certeza jurídica sobre algo, assim, o dispositivo desta sentença poderá ser positivo, quando proferida para acolher a demanda do autor ou negativa, quando rejeitar tal demanda.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, “A sentença, que julgar procedente a ação, acolhendo o pedido do autor, declarará a certeza da existência ou

inexistência da relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de documento. Nada mais”.⁶

b) Sentenças Condenatórias: Nesta sentença há uma declaração em sentido amplo da existência de uma relação jurídica e, por conseguinte uma sanção.

Na doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco colhe-se o seguinte apoio “Acolhendo a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito de interesses”.⁷

c) Sentenças Constitutivas: Os juristas de escol pátrio, como Dinamarco, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Didier Jr., a definem como a sentença que constitui, modifica e extingue uma relação jurídica.

Sabe-se que existe um direito e com fundamento nele, a sentença criará, modificará ou extinguirá uma relação jurídica.

⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17 ed. v. 3. São Paulo/SP: Saraiva, 2003, p.30.

⁷ ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; PELEGRI NI GRINOVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed., 2004. São Paulo/SP: Malheiros, p.304.

2.2. A intangibilidade da coisa julgada

Após breve contato com o instituto sentença é possível tratar o instituto coisa julgada.

2.2.1. Conceito

“A coisa julgada, portanto, é a imutabilidade dos efeitos da sentença, ou da própria sentença, que decorre de estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis”.⁸

Verifica-se segundo o conceito de Vicente Grecco Filho, que a ocorrência da coisa julgada se dá quando esgotado as formas de reexame de uma sentença, esta passa a produzir efeitos sobre a relação material, não podendo mais ser modificada, restringindo-se ao processo ou além dele.⁹

⁸ FILHO, Vicente Grecco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 17 ed. v. 2. São Paulo/SP: Saraiva, 2006, p.274.

⁹ Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o processo**. 1 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 1995, p.93.

A coisa julgada tem seu fundamento na Carta Constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXVI, bem como, em normas infraconstitucionais como no decreto-lei 4657/42 em seu artigo 6º, parágrafo 3º e no “*caput*” do artigo 502 do Diploma Processual Civil, vê-se que emana de normas infraconstitucionais diferentes e, que há expressa proteção ao instituto em norma constitucional, pois daí que surge sua importância.

2.2.2. Coisa Julgada Formal e Material: Breve distinção

Ocorre **coisa julgada formal** quando se esgotam as vias recursais previstas em lei, quer seja porque decorrido o prazo legal para sua interposição e não o fizeram ou, porque foram utilizados e decididos, aí existirá uma imutabilidade endoprocessual, enfim, a coisa julgada formal se identifica com o fim do processo e, todas as sentenças fazem coisa julgada formal.

Já a **coisa julgada material**, que nos dizeres Luiz Rodrigues Wambier é a coisa julgada por excelência (2002, p. 564) não é efeito de todas as sentenças. As sentenças terminativas elencadas no rol taxativo do artigo 485 do CPC são exemplos clássicos da não ocorrência da imutabilidade dos efeitos da sentença, por este entendimento, pode ser ajuizadas

novamente, o que não ocorre com as sentenças em que há coisa julgada material, esta por sua vez, tem sua decisão judicial, elemento dispositivo da sentença, indiscutível em qualquer processo.

Salienta-se que assim como a coisa julgada formal, a coisa julgada material também se fará quando não couberem mais recursos daquela sentença que decidiu a lide. Outro ponto a diferenciar entre a coisa julgada formal e material, é que como visto na seção **sentença**, aquela se opera sobre as sentenças não resolutivas de mérito, já está além de operar sobre as sentenças terminativas, opera também sobre as que têm resolução de mérito.

2.2.3. Limites da Coisa Julgada

A doutrina pátria costuma classificar os limites da coisa julgada em objetivos e subjetivos:

Como já exaustivamente demonstrado a sentença é constituída por três requisitos, quais sejam o relatório, a motivação (ou fundamentação) e a parte dispositiva, conforme preceitua o artigo 489 do Código de Processo Civil.

Dessa regra legal, extraímos os limites **objetivos** da coisa julgada material, que nada mais são do que a identificação de qual parte da sentença é atingida pela coisa julgada, neste sentido Fredie Didier Junior:

Somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme o art. 503, CPC). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa julgada (art. 504, CPC), pois se trata de questões incidentes.¹⁰

No tocante aos limites **subjetivos** da “*res judicata*”, tem-se por escopo a identificação das pessoas que podem ser atingidas pela imutabilidade da sentença, e, por conseqüente, não poderão rediscutir a lide em nova demanda judicial.

Nos termos do artigo 506, primeira parte, do Código de Processo Civil, “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*”

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v 2. Salvador/BA: Jvspodium, 2009, p.417.

Neste momento é crucial distinguir quem são os sujeitos que serão atingidos pela imutabilidade dos efeitos da sentença, as partes são aquele quem pede e aquele contra quem é pedida a tutela jurisdicional, já terceiros todos os demais.

A segunda parte do artigo em comento, diz respeito à coisa julgada *ultra partes*, ou seja, a coisa julgada que não atinge só as partes do processo, mas determinados terceiros, que não participaram do processo, mas são juridicamente interessados, como no caso do litisconsórcio necessário em que há pluralidade de partes e, aqui não se amolda tão somente às causas relativas ao Estado de Pessoa, mas em todas as outras em que haja litisconsórcio necessário ou facultativo, uma vez que não se pode recusar o mesmo regime de incidência da coisa julgada¹¹.

A doutrina ainda exemplifica dois casos de coisa julgada *ultra partes*: substituição processual, em que para o substituído operará os efeitos da coisa julgada material e aos sucessores quer seja por força do falecimento (CPC, art. 110), da extinção da pessoa jurídica, a sucessão *inter vivos* (quando há alienação de coisa litigiosa - CPC, art. 109), podem ser atingidos,

¹¹ Neste sentido Bueno Scarpinella, Cássio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 2 tomo I**. s/ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2007, p.395.

por receberem os direitos e a ação no estado em que se encontram¹².

2.2.4. Efeitos da Coisa Julgada

Os juristas de escol costumam classificar os efeitos da coisa julgada de duas formas: **negativo**, que é a essência da coisa julgada, o impedimento da questão principal seja novamente visto, garantindo-se a efetividade do processo, já o efeito **positivo** é consistente na vinculação da decisão do processo se posta em caráter incidental para apreciação do Poder Judiciário, este não poderá dar julgamento distinto ao que foi outrora dado.

Verifica-se que os dois efeitos ou funções se completam pelo efeito negativo, sabe-se que o juiz não deve julgar de novo o litígio em que houve o trânsito em julgado é certo que em outra demanda, deverá respeitar o julgamento da anterior, melhor exemplo não há do que o da ação de alimentos posterior ao trânsito em julgado de uma ação onde se investigou a paternidade, o juiz não pode inovar quanto a paternidade.

¹² GONÇALVES RIOS, Marcus Vinicius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 1 ed. v. 2. São Paulo/SP:Saraiva, 2005, p.26.

2.3. Efetividade do processo

Ao ingressar com ação no Poder Judiciário o autor espera uma proteção do Estado para a resolução de um conflito, cujo demandante e demandado não conseguem resolver por si só, temos então a finalidade do processo que é a composição da lide. Ao decidir a contenda tenta-se alcançar uma verossimilhança para que haja justiça no campo material, dando ao autor o que pretendia, ou não.

O reexame por um órgão colegiado é outra forma de se evitar que a decisão tenha sido parcial, injusta, prejudicando uma das partes, mais uma vez verifica-se o escopo processual.

Se a finalidade do processo é resolver a demanda, seria um disparate que uma das partes insatisfeita com o resultado pudesse exigir “*ad eternum*” o reexame da causa, se assim o fosse não haveria segurança jurídica.

Daí se infere que o instituto da coisa julgada é uma das ferramentas para se garantir que haja efetividade do processo, ou seja, postas todas as ferramentas de revisão do julgamento as partes poderão utilizá-las ou não, findo o prazo legal, transitará em julgado, fazendo coisa julgada material e, assim garantido o escopo processual.

Neste sentido Junior Alexandre, afirma

que o Estado além de garantir o acesso à justiça, deve garantir mecanismo eficiente para que não haja a eternização dos conflitos, e completa que de nada seria útil uma tutela jurisdicional que, não obstante sua concessão definitiva ao detentor do direito material, possa, no futuro, vir a ser questionada. A coisa julgada está intimamente ligada ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais¹³

¹³ BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire; MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. **Direito Processual Civil: Institutos Fundamentais**. 1ed. Curitiba/PR: Juruá, 2008, p.267.

3. AÇÃO RESCISÓRIA

Sabendo que a Coisa Julgada Material torna imutáveis os efeitos da sentença tornando o preto branco e o branco preto nos dizeres de Vicente Grecco Filho (2006, p.276), torna-se imperioso ter um meio hábil, para se corrigir eventuais erros dos julgados, portanto surge a figura da Ação Rescisória, que não é recurso, é ação autônoma de impugnação, formando uma nova relação jurídica.

Em nosso ordenamento pátrio, o diploma de 1939, bem como o de 1973 já traziam casos de rescindibilidade e, o órgão máximo do Judiciário brasileiro, já editava súmulas, tais como 249, 252, 264, 295, 338, 343, 514, 515, muito antes de o nosso atual Diploma processual civil entrar em vigor e trazer por meio do artigo 966 a ampliação da relativização da coisa julgada.

Tamanha preocupação encontra-se na busca de reparar uma injustiça da sentença que fez coisa julgada material, quando seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada¹⁴ e dá-se, pois o homem é o que é, porque

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2006, p.731.

sabe, mais do que os outros animais, corrigir-se, como ensina Pontes de Miranda (1975, p.183).

3.1. Objeto da Rescisão

Ao ler diversos doutores sobre o tema, chegou-se a conclusão de que existe uma impropriedade por vários deles acerca da condição jurídica da sentença rescindível. Muitos afirmam ser uma condição de nulidade, mas acompanhamos Barbosa Moreira que assimila a sentença rescindível ao ato anulável, uma vez que o que foi nulo, nunca existiu já a sentença rescindenda, provocará efeitos até que o Juízo a declare rescindida.

Há de falar também sobre a natureza jurídica da Ação Rescisória que é de ação constitutiva negativa¹⁵, pois produzirá uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente.

O objeto da ação rescisória, ou seja, da rescisão, são as sentenças em que o mérito foi julgado, logo fez coisa julgada material, a própria

¹⁵ WAMBIER RODRIGUES, Luiz; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. v. 1. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006, p. 606.

sentença passada em julgada é examinada, a prestação jurisdicional já entregue é revista¹⁶, desde que ajuizada a demanda rescisória no prazo decadencial de dois anos, conforme artigo 975 do Caderno Processual Civil.

Salienta-se que não é um obstáculo à ação rescisória que seu autor não tenha esgotado as vias recursais, neste sentido:

Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos. (Súmula 514 STF)

Há um julgamento do julgamento pede-se a desconstituição da sentença “*iudicum rescidens*” e a matéria nela julgada pode ser revista “*iudicum rescissorium*”, para se distinguir um de outro nos socorremos a Yarshell, ensinando que a diferença está a partir do fundamento da impugnação: “a função puramente rescidente corresponde aos casos de *error in procedendo*, enquanto a função rescisória ou substitutiva corresponde a alegação de *error in iudicando*”.¹⁷

¹⁶ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed., Tomo VI. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1975, p. 184.

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório**. s/ed. São Paulo/SP:Malheiros, 2005, p.28.

E complementa citando Calamandrei, nos ensinando a distinção entre *error in procedendo* e *error in iudicando*, consistindo no primeiro em uma desobediência a lei (art. 966 II e IV) e no segundo uma errada declaração da lei (art. 966 VI e IX).

Para que a matéria possa ser rescindida ou rescindida e revista é necessário que haja um dos pressupostos específicos e taxativos elencados no já citado artigo 966 do Código de Processo Civil.

3.2. Artigo 966 – Princípio da Taxatividade na Ação Rescisória

Os pressupostos específicos autorizadores a propositura da ação, são encontrados no rol taxativo do artigo 966 do CPC, e por isto mesmo, não comportam interpretação ampliativa e analógica, anota-se que seus pedidos podem ser cumulados na mesma ação¹⁸:

O primeiro inciso trata da relativização que se dá quando o magistrado pratica prevaricação, concussão ou quando há corrupção, figuras penais

¹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 5**. 2 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2010, p.375.

que fraudam o resultado do processo, “viciam a sentença por imperativo moral”.¹⁹

Para que haja rescisão da sentença com tal vício, não se faz necessária a condenação do juiz que a prolatou na esfera penal, nem tão pouco que haja processo contra ele instaurado, a prova do vício pode ser feita na própria ação rescisória.

Segundo Wambier, Correia de Almeida e Talamini ²⁰os tipos penais do inciso em comento devem ser interpretados da forma mais ampla possível, de forma flexível, a ponto de englobar todas as possíveis falcatruas ou fraudes teoricamente praticáveis pelos juízes.

Outro pressuposto específico elencado no artigo 966, diz-se de sentença proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, ocorrendo um dos dois casos, fere-se a parcialidade requisito essencial para validade do processo.

Entenda-se por impedimento a proibição que tem o juiz de atuar em processo, ainda que não haja oposição ou recusa da parte, conforme artigo 144 do “Codex” Processual Civil e competência absoluta é a

¹⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed. tomo VI. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1975, p. 273.

²⁰ WAMBIER RODRIGUES, Luiz; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. v. 1. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006,p. 608.

que resulta de regras jurídicas sobre incompetência em razão da matéria e da hierarquia.²¹

Trata o terceiro inciso de dolo da parte vencedora e de colusão entre as partes a fim de fraudar a lei.

Há dolo quando a parte vencedora não age com lealdade e boa-fé, a parte haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciando o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade.

Cumprе anotar que o dolo da parte abrange a do seu representante legal e a de seu patrono, mesmo que não haja aquiescência da parte litigante, bem como de um dos litisconsortes vencedor e, intrínseco que haja nexo de causalidade entre o dolo e o resultado do processo, ele tem de ser no meio da tramitação da demanda em juízo.

Já a colusão entre as partes com intuito de fraudar a lei, é decorrente do artigo 142 do CPC, assim, se o juiz não tiver notado o intuito de autor e réu que se uniram para fins ilícitos e pronunciar sentença, está transitando em julgado poderá ser relativizada.

O quarto inciso do artigo em comento é referente à ofensa a coisa julgada, ocorreria aqui dois processos idênticos, em causa de pedir, pedido e

²¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed. tomo VI. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1975, p. 276.

partes e haveria um novo julgamento, a dúvida subsiste sobre qual das decisões cairia à ação rescisória e se decorrido o prazo decadencial para ajuizamento da primeira, poderia ser a segunda, objeto da relativização.

Observamos que não há unanimidade na doutrina e jurisprudência em relação ao tema, mas acompanhamos Cássio Scarpinella Jr., entendemos ser a primeira coisa julgada que deve prevalecer, haja vista que há impedimento de novo julgamento, dada a proteção constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. (Súmula 343 STF).”

Por verificação da súmula acima colacionada verifica-se quão árduo é a seara, que se insere o quinto inciso e, é com certeza o inciso que dá mais azo às ações rescisórias, vejamos algumas jurisprudência colacionadas de todo o país:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -
Ação Rescisória - Sobrepartilha -
Procedência da ação rescisória para o
fim de reduzir o valor da verba honorária
fixada em sobrepartilha julgada
improcedente, **reconhecendo**
violação a literal dispositivo de lei -
Obscuridade, Omissão e Contradição
Inexistentes - Erro Material na

fixação do quantum reconhecido - Embargos parcialmente acolhidos. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Impugnação à Assistência Judiciária Gratuita - Omissão, Contradição e Obscuridade inexistentes-Embargos no particular rejeitados. (E.D. nº994093737632, Terceira Câmara de Direito Privado, TJSP, Relator: Egídio Giacoia, 20/08/2010).

Ação rescisória CPC, art. 966, V Acórdão n. 36.881 Mandado de segurança. 13º mês. Desconto previdenciário. Obrigatório Procedência da ação Violação literal de lei.1. A ação rescisória deve ser julgada procedente, uma vez que o Acórdão n. 36.881, proferido no julgamento de ação mandamental, **violou literal disposição de lei**, concedendo a seguranças para a não efetivação do desconto previdenciário no 13º salário. De acordo com a doutrina e jurisprudência, o mesmo tem natureza salarial e legítima a incidência dos descontos previdenciários. 2. Ação procedente, à unanimidade. (Ação Rescisória nº 81887, TJPA, Relator: Maria Helena de Almeida Ferreira, 11/11/09)

Em recente julgado o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco não reconheceu a alegação de

literal violação a dispositivo de lei e da mesma forma o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, pois havia divergência jurisprudencial.²²

Scarpinella Bueno ensina que neste inciso devemos interpretar lei, em sentido amplo, como sendo toda e qualquer norma jurídica, observando com cautela a Súmula 343 do Órgão Máximo do Judiciário Brasileiro, que prescreve que não cabe relativizar a coisa julgada, quando há divergência na jurisprudência, excetuando-se matéria constitucional.

Entende-se, portanto que qualquer lei que dê origem a uma única interpretação e que juiz singular tenha decidido contrária a ela, será passível de ser relativizada, nos dizeres de Humberto Theodoro Junior “A violação de direito expresso corresponde ao desprezo pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público”.²³

O inciso que trata de prova falsa e por isso pode ser rescindida, deve ser levado em consideração todo e qualquer tipo de prova e poderá ser apurado o vício tanto na própria rescisória, quanto em ação criminal,

²² TJPE - Ação Rescisória nº 128958-1, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Rel.: Antônio Carlos Alves da Silva, D.J.14/07/2010, no mesmo sentido TJRS - Ação Rescisória Nº 70033099227, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. Rel.: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, D.J. 11/06/2010.

²³THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2006, p. 739.

entenda-se como prova falsa, uma prova que não é verdadeira.

A prova falsa que tenha sido produzida nos autos, mas que não influenciou o juízo deverá ser aproveitada em razão do princípio da conservação ou do aproveitamento.²⁴ Trata-se de prova que foi sustentáculo do julgamento e gerou a sentença rescindenda, pois deve se verificar o nexo de causalidade entre eles.

O sétimo inciso trata de documento novo capaz, por si só, de dar decisão favorável, entenda-se mais benéfica que aquela da sentença relativizada.

Documento novo é aquele que surge para o autor da rescisória, após o trânsito em julgado da sentença e que se soubesse de sua existência poderia usá-lo no decurso do processo em favor de si mesmo. Aqui entenda-se todas as modalidades de documentos, mas se a lei exigir documento por instrumento público, o documento particular, por óbvio não poderá ser utilizado²⁵

²⁴ WAMBIER RODRIGUES, Luiz; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. v. 1. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006, p. 611.

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 7 ed. v.3. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009, p. 412.

Para melhor elucidação utiliza-se “exemplo do livro lido e usado, guardado na estante dos alfarrábios, é-me sempre útil; livro novo é aquele que você ainda não leu; sua existência é antiga, mas seu conhecimento é novo”.²⁶

O inciso VIII do artigo em tela trata de sentença que intrinsecamente fundamentou-se em confissão, desistência ou transação e pretende-se por meio via rescisória invalidá-los.

Confissão é a admissão, pela parte, de um fato contrário a seus interesses e favorável ao adversário e quando ela é viciada por erro ou coação e há o trânsito em julgado, ela poderá ser rescindida.

Já a desistência trazida a baila pelo artigo 966 do CPC, entendem os juristas de escol ser um erro grosseiro do legislador, pois que desistência é dá origem a sentença que não julga o mérito, aqui, seria renúncia o termo correto, pois renuncia-se ao direito material sobre o qual se funda a ação, neste sentido Cássio Scarpinela, Wambier, Correia de Almeida e Talamin e Humberto Theodoro Júnior, citando Luís Antônio de Andrade.

Com relação à transação não há na doutrina maiores celeumas, há, tão somente a informação de que o conteúdo das sentenças que homologaram a

²⁶ PAIVA VIANA, Luiz Guilherme. **Resumo de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 1 ed. v.6. Leme/SP: Mizuno, 2006, p. 162.

autocomposição da lide, não refletiu a convicção do órgão judicial e por óbvio que a sentença passível de relativização se baseou no acordo que fora homologado, de acordo Barbosa Moreira.²⁷

Por derradeiro, o nono inciso trata de erro de fato que deve ser estudado juntamente com os dois parágrafos que o seguem, consiste em sentença que admite um fato inexistente, ou, seu contrário, considera inexistente um fato que efetivamente ocorreu.

Segundo Barbosa Moreira em sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil* são quatro os pressupostos para que haja o erro de fato: o primeiro é que a sentença seja fundada no erro, ou seja, sem o erro de fato a conclusão do juiz seria diferente; o segundo é que o erro possa ser apurado pelos documentos e peças dos autos, não se admitindo a produção de prova tendentes a demonstrar o erro; outro pressuposto, intrínseco que não tenha havido controvérsia sobre o fato e o último pressuposto é não poder ter havido pronunciamento judicial sobre o erro de fato.

Há, portanto de se concluir que se o juiz da causa houvesse cuidado da prova o resultado seria diferente, aí o fundamento para se relativizar.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. v. 5. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2005, p.104.

O rol taxativo apresentado acima será proposto em petição inicial, logo, serão avaliados os requisitos do artigo 282 do CPC e endereçado ao Juízo de segundo grau, eis que sua competência é originária em segunda instância, os tribunais julgam as rescisórias de seus próprios julgados, bem como os Superiores Tribunais.

Há falar também da legitimidade para propor a referida ação, estampada no artigo 967 do mesmo diploma legal prescreve serem partes legítimas:

- a) que foram partes no processo ou seus sucessores;
- b) os terceiros juridicamente interessados;
- c) o Ministério Público;
- d) aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Segundo Didier Jr. e Carneiro da Cunha, o sujeito passivo elencado na alínea “a” poderá mesmo que revel no processo originário propor a relativização da coisa julgada²⁸.

²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 7 ed. v.3. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009, p. 370.

Apenas para ilustrar, salienta-se que as ações rescisórias também são passíveis de terem sua sentença rescindida, segundo melhor entendimento doutrinário: “o sistema processual brasileiro admite o ajuizamento de nova ação rescisória promovida com o objetivo de desconstituir decisão proferida no julgamento de outra ação rescisória”²⁹

Neste sentido também o Tribunal de Justiça Baiano admite a chamada “rescisória da rescisória”, mas afirma que só é admissível se tiver a finalidade de desconstituir julgado que tenha decidido o mérito da rescisória anterior, ou seja, se primeiramente a rescisória foi julgada nos termos do artigo 485 do CPC, sua sentença não será rescindindo, posto que somente fez coisa julgada formal e não material.³⁰

3.3. Elementos favoráveis e contrários a relativização da coisa julgada

A doutrina ainda goza de ampla divergência sobre a temática da relativização da coisa julgada,

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2007, p.789.

³⁰ TJBA - Ação Rescisória nº 57137-4/2008; Rel. Maria da Graça Osorio Pimentel Leal; D.J. 03/12/2009

apresentando argumentos favoráveis e contrários, como será adiante demonstrado.

Inicialmente, cumpre salientar que a primeira alusão à possibilidade de se relativizar a coisa julgada foi trazida por José Augusto Delgado, que defendeu a revisão da carga imperativa da coisa julgada sempre que afrontados os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou haja divergência com a realidade dos fatos. Sua defesa à tese da relativização da coisa julgada se deu em virtude de sua experiência como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em análise dos casos concretos por ele apreciados, sendo sua lição difundida por diversos autores, tais quais Juliana Cordeiro, Humberto Theodoro Junior e Cândido Rangel Dinamarco, consoante aduz DIDIER³¹

Mister ressaltar que a defesa da relativização da coisa julgada por estes doutrinadores não é de maneira ampla de modo a excluir a segurança jurídica dos julgados, mas sim no tocante a casos em que houver flagrante injustiça ou erro de julgamento, que venha a prejudicar o conceito de ordem jurídica justa.

Dinamarco aduz em seu artigo “Relativizar a coisa julgada material” que a coisa julgada só deve permanecer imutável caso esteja em consonância com os princípios da moralidade administrativa, legalidade

³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA RAFAEL; SARNO BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v. 2. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009, p. 441.

e razoabilidade, quando cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores justos à título de indenização, ocorrida a expropriação imobiliária e quando não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.³²

Marcos Vinícius Rios Gonçalves é defensor da mitigação da coisa julgada com ressalvas, tal qual ditame por ele trazido, abaixo transcrito:

A relativização deve ser aplicada em situações muito excepcionais. Do contrário, colocar-se-ia em risco a estabilidade e a segurança das decisões judiciais. Somente naquelas teratológicas, cujo cumprimento redundaria em grave ofensa a valores éticos e garantias constitucionais, ela deve ser utilizada. Nem sempre que haja *error in judicando* a mitigação deve ser invocada, mas naquelas circunstâncias em que do erro resultam situações insustentáveis.³³

Scarpinella Bueno acompanha a corrente que sustenta a necessidade da relativização da coisa julgada, desde que não exista generalização, devendo

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **“Relativizar a coisa julgada material”**. Revista de Processo. São Paulo: RT, N° 109, 2003.

³³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 1° ed. v.2. São Paulo/SP: Saraiva, 2005, p.31.

haver bastante parcimônia para evitar a desestruturação do sistema jurídico e instalação de insegurança jurídica.³⁴

Destefeni, em aquiescência com a corrente até agora explorada, explicita-se plenamente concordante com a necessidade da mitigação da coisa julgada, exteriorizando a sua opinião:

Concordamos plenamente com a necessidade de relativização da coisa julgada, mas não deixamos de externar nossa opinião no sentido de que essa relativização deve ser aplicada com cautela, após analisadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não pode ser considerada constitucional, por exemplo, uma norma que, abstrata e automaticamente, retire a eficácia de sentenças ou acórdãos transitados em julgado, sem que, no caso concreto, sejam feitas as ponderações exigidas pelo princípio da proporcionalidade.³⁵

Há que se ressaltar, porém, que existe parcela da doutrina que discorda da possibilidade de relativizar

³⁴ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 5**. 2 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2010, p.376.

³⁵ DESTEFENI, Marcos. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento, tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. v. 1, tomo II São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.224.

a coisa julgada, tecendo argumentos em defesa de seu ponto.

Didier Junior é contrário à mitigação da coisa julgada, e posiciona-se no seguinte sentido

O problema é que admitir-se a relativização com base na existência de *injustiça* – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, tal como acima exposto - significa franquear-se ao Judiciário uma *cláusula geral de revisão da coisa julgada*, que pode dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. A revisão da coisa julgada dar-se-ia por critérios atípicos.³⁶

Marinoni é partidário da mesma corrente, tendo por diversas vezes se manifestado em sentido contrário, tal qual o fez em seu artigo “O princípio da segurança jurídica nos atos jurisdicionais”, trazendo a seguinte alusão: “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa

³⁶DIDIER JUNIOR, Fredie ; OLIVEIRA RAFAEL; SARNO BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v. 2. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009, p. 442.

julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”.³⁷

Ou seja, o referido autor questiona que se o a aplicação da mitigação da coisa julgada não garante que um segundo julgamento virá a sanar o vício do primeiro, ou nem ao menos que não subsistirão erros que ensejem nova relativização, o que causaria demasiada insegurança nas relações jurídicas levadas à apreciação do poder jurisdicional – o que equivaleria dizer que não existiria segurança jurídica alguma nas sentenças transitadas em julgado.

Nelson Nery Junior é contrário à relativização da coisa julgada, se manifestando favorável à mutabilidade da sentença transitada em julgado apenas através da propositura de ação rescisória, no prazo bienal por lei exigido.³⁸

Por fim, cumpre reproduzir as linhas trazidas por Didier Jr, trazendo pontualmente sua visão acerca da impossibilidade de relativização da coisa julgada, mas defesa processual de revisão nos casos por lei permitidos:

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **“O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”**. DIDIER JUNIOR, Freddie (organizador). Relativização da Coisa Julgada – enfoque crítico. 2º ed. Salvador/BA:Jus PODIVM, 2006, p.163.

³⁸ ANDRADE NERY; Rosa Maria; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2007, p.605.

(...) a) as hipóteses de ação rescisória devem ser revistas, tanto as relacionadas a *errores in procedendo* como aquelas que objetivam corrigir injustiças (p. ex.: inciso IX do art. 966 do CPC); b) a *querela nullitatis* (ação imprescritível de nulidade da sentença) deve ser mais bem sistematizada, para que se admita a impugnação de decisões judiciais com gravíssimos vícios formais; c) não se pode permitir a revisão atípica de julgados por critérios de justiça, o que levaria a um problema sem solução: quem garantiria a justiça da segunda decisão, que reviu a primeira?³⁹

Pode-se depreender pelos excertos acima, quão intrincado é o tema e quão longe vão as discussões acerca, haja vista os contundentes argumentos dos eruditos oponentes, resta ao Poder Judiciário aplicador do Direito avaliar os casos concretos para aferição da melhor medida da Justiça.

Não olvidando, obviamente, que o Direito é ciência dinâmica, geradora de transformações sociais e o Poder Judiciário deve estar atento à realidade contemporânea, não se negando a enfrentar questões mais tempestuosas, renovando-se ao menos na maneira de interpretar as leis antigas, fazendo que

³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie ; OLIVEIRA RAFAEL; SARNO BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v. 2. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009, p. 447-448.

estas acompanhem esse dinamismo, entregando aos seus provocadores de forma ágil e justa a tutela pretendida.

4. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO DE FAMÍLIA.

Para analisarmos a importância de se relativizar a coisa julgada nas investigações de paternidade, intrínseco demonstrar a importância da paternidade e do direito à filiação.

Essencial também saber como se dá o reconhecimento da paternidade em nosso ordenamento jurídico, que embora tenha evoluído por força da Carta Magna e dos diversos entendimentos jurisprudências e doutrinários, ainda traz a presunção como expressão da verdade.

Este capítulo traz ainda, como se processa a ação de investigação de paternidade, demonstrando as divergências doutrinárias com relação natureza jurídica de sua sentença.

Insere-se a discussão sobre qual princípio deve preponderar, se a pacificação social da coisa julgada ou o direito a conhecer suas origens genéticas, trazidas pela dignidade da pessoa humana.

Apresenta-se ainda, a tendência no direito brasileiro da família fundada na afetividade, diminuindo-se o reforço biológico.

Por fim, mostra o entendimento dos Tribunais brasileiros e dos doutrinadores sobre a relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade e se seria possível não apenas relativizar, mas desconsiderar a “*res iudicata*”.

4.1. O que é paternidade? Qual sua importância na formação de um indivíduo

O Direito das Famílias⁴⁰, como é conhecido na atualidade este ramo do direito civil pela variedade de entidades familiares existentes, hodiernamente encontra-se em profunda evolução, nunca foi dada tamanha importância aos relacionamentos endofamiliares, buscando o ideal de família fundada em afetividade.

A Carta Magna de 1988 apregoa em seu artigo 226 que a família é base da sociedade brasileira, bem como preconiza que o planejamento familiar deva ser

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010.

fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Esta evolução coberta pelo manto constitucional faz ver que a família é fator preponderante para a construção e formação da personalidade de um homem,⁴¹ personalidade esta que futuramente importará à sociedade.

a família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais que isso- o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito⁴².

A tradicional família composta por homem, mulher e filhos, que por diversas contingências se dissipa, não raro, incumbe à mulher a guarda natural

⁴¹ NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais**. 1 ed. 4 reimpressão. Curitiba/PR: Juruá, 2008, p. 21.

⁴² NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais**. 1 ed. 4 reimpressão. Curitiba/PR: Juruá, 2008, p.20

dos filhos, haja vista, ser marcada para a maternidade e pela maternidade⁴³

Já a paternidade é exercida por laços emocionais que muitas vezes se rompem, não tendo o homem consciência da necessidade do filho de ter um pai, de quão é salutar àquela criança a presença da figura masculina.

Esta figura masculina, segundo corrente psicológica pode ser exercida por qualquer um, pois a paternidade é a supressão das veleidades, é esta figura paterna, que não precisa ser necessariamente biológica em que o indivíduo se espalhará e que dirá o caminho a ser seguido. No entanto, saber sua origem, acabar com os fantasmas de não se saber quem é, é direito e, também requisito fundamental para uma formação sem traumas.

Neste diapasão, emergem estudos relativos à paternidade, sobre quão é importante ao homem ter consciência da diferença entre ser genitor, aquele que fecunda, e ser pai, aquele que cria laços afetivos, e, quanto futuramente o “ser pai” será importante na formação do indivíduo, atendendo as necessidades educacionais, morais, afetivas, entre outras, como informa a psicóloga e jurista Cláudia Corceniani:

⁴³ PINTO VARGAS, Glaci O.; WERLANG, Maslova. **Paternidade: Investigação Judicial e Coisa Julgada.** s/Ed., Florianópolis/SC: OAB/SC, 2004, p.13.

Na abordagem moderna, o pai está envolvido no desenvolvimento moral, emocional e educacional dos filhos. Pela perspectiva emergente, existe a ideia de que os homens são, em termos psicológicos, capazes de uma participação ativa nos cuidados e na criação dos filhos.⁴⁴

Destarte, observando o que diz o jurista Rolf Madaleno, prosseguiremos no estudo para perscrutar a ação de investigação de paternidade:

A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é ser pai.⁴⁵

⁴⁴ BORGES COLCERNIANI, Cláudia; CARLOS DE SOUZA, Fernanda B. C. **Adolescentes cuja paternidade não foi reconhecida por seus pais biológicos: O que eles pensam sobre maternidade e paternidade?** 15/04/2009. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em 20/06/2010.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Mariana. **A prevalência do direito a identidade.** 19/05/2009. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 13/08/2010.

4.2. Direito à filiação

Filiação é relação jurídica que liga os filhos a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho⁴⁶. Quando visualizada de outro prisma trata-se de paternidade e maternidade, nos ateremos ao primeiro, que é o tema do estudo em questão, por razões outrora apresentadas, mas conveniente ser lembrada, tendo em vista que o homem só parece estar interessado na formação de seu filho quando dentro de uma relação social.⁴⁷

A Carta Magna adotou o sistema único de filiação, ou seja, todos têm direito a paternidade e a maternidade, podemos fazer tal afirmativa por inteligência do artigo 227, §6º, que determina que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações e proíbe qualquer designação discriminatória e o “caput” do referido artigo assegura uma série de direitos tais como vida, saúde, educação, entre outros, a todas as crianças e adolescentes obrigando a família, o Estado e a sociedade conjuntamente a consecução destes direitos.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 2 ed,v. 6. São Paulo/SP: Saraiva, 2005, p. 272.

⁴⁷ OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci; WERLANG, Maslova. **Paternidade: Investigação Judicial e coisa julgada**. s/ed. Florianópolis/SC: OAB/SC, 2004, p.16.

No entanto, tal assertiva até pouco tempo atrás - na vigência do Código Civil de 1916, antes da entrada em vigor da atual Constituição - não era reconhecida, havia distinção entre os filhos havidos ou não no casamento, assim nos socorremos de Ulhoa Coelho, para explicar os tempos idos:

... considerava-se filho de verdade mesmo apenas o nascido dentro do casamento. Isto é, havia uma hierarquia entre os filhos, em que se privilegiava o portador da herança genética de homem e mulher casados, ou que pelo menos se presumia a tivesse recebido do primeiro. Chamava-se legítima essa filiação. Eram os filhos de verdade. Os havidos fora do casamento consideravam – se ilegítimos e estavam divididos em naturais, se os dois genitores estavam desimpedidos para o casamento (eram solteiros ou viúvos), ou os espúrios, se havia impedimento; esses últimos, por sua vez, chamavam-se adúlterinos quando casados um dos genitores, mas não com o outro (ou os dois, mas não entre eles), ou incestuosos, se os pais não podiam casar em razão de certos impedimentos (descendia um do outro, por exemplo)...⁴⁸

⁴⁸ ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. v. 5. São Paulo/SP: Saraiva, 2006, p. 145.

Ao compararmos o artigo 227 da atual Constituição, com a narrativa de Fábio Ulhoa Coelho podemos ver com clareza as já citadas transformações no direito das famílias; a retrógrada e discriminatória distinção entre filiação legítima e ilegítima deu lugar a uma única filiação, extirpando os termos discriminatórios e, assim, podemos depreender a preocupação do legislador, para com a formação do indivíduo.

Seguindo este raciocínio concordamos com Washington de Barros com a afirmação de que somente com o código civil de 2002 foi devidamente acatado o princípio constitucional da absoluta isonomia entre os filhos.⁴⁹

Além da Carta Magna, e do diploma ordinário civil, encontramos no Estatuto da Criança e do Adolescente a preocupação com a filiação, pois este prescreve:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

BARROS MONTEIRO, Washington atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37 ed. v. 2, São Paulo/SP: Saraiva, 2004, p. 304.

Verificamos quão contundente é o referido artigo ao falar da personalidade, indisponibilidade e imprescritibilidade, restando claro que uma lei processual não pode tirar o direito de se saber uma verdade real, até porque lei processual é mero instrumento para se alcançar direito material.

Diante de tal raciocínio poderemos ver como se dá a paternidade em nosso país, pois a lei pátria trata da presunção, já a doutrina e jurisprudência vem em busca da verdade real e não ficta.

4.3. Paternidade presumida

Se a mãe é certa o pai é possível, está assertiva está incutida na lei pátria, haja vista que basta estar casado para se ter à presunção de paternidade, não importando a verdade real, tal assertiva está incutida no artigo 1597 do Código Civil, que presume concebidos os filhos nascidos na constância do casamento os que nascerem até cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal; os que nascerem até trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

O referido artigo traz novidades no campo das ciências biológicas, trazendo à baila as técnicas de fertilização, reconhecidas como reprodução assistida, embora tenha havido inovação no reconhecimento jurídico dos filhos concebidos pelas formas não convencionais, a antiga presunção de paternidade também é utilizada no reconhecimento, deste modo os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ou seja, quando o material genético pertencer ao casal interessado, mesmo que após a morte do marido é reconhecida a paternidade; se tratar-se de embrião excedentário, ou seja, advindos dos componentes genéticos do marido e da mulher e preservados, por congelamento, numa clínica de reprodução assistida, conforme ensina o Professor Jean Soldi Esteves em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família;⁵⁰ por fim os filhos concebidos a qualquer tempo por inseminação artificial heteróloga, ou seja, o óvulo ou o espermatozóide provém de um terceiro estranho ao casal, se autorizado pelo marido também tem sua presunção de paternidade.

Já nos casos de filhos havidos fora de casamento dar-se-á por outros meios a paternidade e, somente o pai é quem poderá declarar por meio de registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado ou ainda por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e

⁵⁰.SOLDI ESTEVES, Jean. **Considerações acerca das técnicas de reprodução humana no novo Código Civil** 27/06/2004 |. Disponível em < [http:// www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em 03/10/2010.

principal do ato que o contém, em consonância com o artigo primeiro da lei 8560/92.

Insta salientar que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 301, sobre a recusa do indigitado pai em fazer o exame de DNA e a presunção de paternidade:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

E a lei 12.004 de 2009, acompanhando a referida súmula, alterou a supracitada lei 8.560/92 estabelecendo novamente a presunção de paternidade, tal qual a presunção do artigo 1597 do C.C, no entanto, neste caso a presunção dar-se-á pela recusa do indigitado pai em fazer o exame pericial de DNA.

A presunção em nosso ordenamento é acolhida com robustez, conforme demonstrado pela legislação acima e a jurisprudência corrobora a presunção de paternidade do indigitado pai que se recusou a fazer o

exame de DNA, neste sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Estado da Bahia.⁵¹

Cumpra anotar, que em recente julgado a 4ª turma do STJ, certificou que a aludida paternidade presumida não se transfere a seus descendentes por se tratar de direito personalíssimo e indisponível.⁵²

De outro ponto de vista, verifica-se que os doutrinadores pátrios entendem que existem dois tipos de filiação a biológica e a afetiva contrapondo-se ao direito positivado neste sentido, utilizamos Crivelaro para corroborar:

Os arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição de 1988 e 27 do ECA introduziram no mundo jurídica brasileiro a obrigatoriedade da descoberta da verdade da filiação genética ou socioafetiva, cujos filhos são iguais em direitos e obrigações. Por isso, não se pode falar em presunção de paternidade na constância do casamento e da união estável, visto que habitam no ordenamento jurídico tão somente a filiação biológica e a afetiva, em vista do naufrágio da filiação jurídica, mera ficção de paternidade. O nascimento dos filhos na constância do matrimônio

⁵¹ TJRS - Apelação Cível Nº 70033307513, Oitava Câmara Cível. Rel.: José Ataídes Siqueira Trindade, D.J.17/12/2009. no mesmo sentido. TJBA - Apelação Cível nº 42199-4/2005, Segunda Câmara Cível. Rel: Maria Marta Karaoglan Martins Abreu, D.J. 18/08/2009

⁵² STJ – Resp nº 714969 / MS; 4ª Turma; Rel.Min.Luis Felipe Salomão, D.J. 04/03/2010

ou da união estável é tão somente um indicativo e não uma prova de paternidade e da maternidade, já que esse ‘processo lógico’, pelo qual a mente atinge uma verdade legal, foi vencida, na segunda metade deste século, pela confiabilidade do exame de DNA, que não só revolucionou o mundo da biomedicina, mas e sobretudo, alterou o estagnado que dominava no engessado ambiente jurídico nacional.⁵³

A jurisprudência se coaduna com a doutrina e tem entendido que em ações em que há direito indisponível, não se deve obstar a busca da verdade real, sobretudo quando existe a possibilidade de prejuízo de legítimos interesses de menor, haja vista os avanços tecnológicos dos exames periciais.⁵⁴

⁵³ CRIVELARO, Paulo César. **Desconsideração da coisa julgada nas investigações de paternidade**. 1 ed. Leme/SP: Haberman, 2009, p.58.

⁵⁴ STJ – Resp nº 4987 / RJ; 4ª TURMA. Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, D.J. 04/06/1991. no mesmo sentido. STJ – Resp nº 348007 / GO; 3ª Turma; Rel. Min. Antônio De Pádua Ribeiro, D.J 19/05/2005.

4.4. Ação de Investigação de Paternidade

“O reconhecimento da paternidade é relevante não só para o filho, mas também para o pai, ao qual eventualmente possa ter sido imputada, de forma equívoca a paternidade da criança”.⁵⁵

O excerto acima é corroborado pelo já citado artigo 27 do ECA, que determina o Direito de Filiação como personalíssimo, indisponível e imprescritível, haja vista sua importância na formação do indivíduo, que se pretende seja íntegra e reta e, como este indivíduo interagirá com a sociedade que o rodeia.

Tal importância é asseverada pela Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal (STF), que prescreve:

É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. G.N.

⁵⁵ NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais**. 1 ed. 4 reimpressão. Curitiba/PR: Juruá, 2008, p. 21.

A ação de investigação de paternidade é meio para que se reconheça a paternidade ou maternidade, de determinado indivíduo, logo seu direito à filiação, que não foi feito de forma voluntária ou se feita de forma voluntária para se contestar uma verdade ficta em prol da verdade real.

Sua importância se dá na medida em que defere ao autor a prerrogativa de completar seu registro, afastando os constrangimentos originados da omissão antes verificada, sem contar por óbvio, os prejuízos emocionais, por vezes irreparáveis.⁵⁶

É proposta pelo menor com representação ou assistência de sua genitora e por ser imprescritível, poderá ser proposta, quando da maioridade pelo próprio autor, agora sem representação, por ser capaz civilmente.

Obviamente, que poderá ser proposta pelo indigitado pai, haja vista a insuficiência da verdade biológica, dada pela “*pater is est*”, neste caso o nome correto para a investigação de paternidade é *negatória de paternidade*, ou, até mesmo para o indigitado pai que não reconheceu a paternidade em dado momento, no entanto, diante da inércia do filho e de sua mãe, quer restabelecer sua dignidade reconhecendo-o.

⁵⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo Civil: Técnicas e procedimentos**. 1 ed. São Paulo/SP: Atlas, 2006, p. 411.

É aqui que ocorre a posse de estado de filho, ou seja, o filho desfruta de situação jurídica que não corresponde à verdade, desfruta do estado de filho afetivo e há a reciprocidade da posse do estado de pai.⁵⁷

O legislador infraconstitucional, por economia processual e pela indisponibilidade do direito em tela, permite que a ação de investigação de paternidade seja cumulada com o pedido de alimentos e no caso de procedência do pedido formulado na ação, temos súmula do STJ a respeito:

Súm. 277 – Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

Cumprе anotar que o suposto pai que queira desde a citação prestar os alimentos ao suposto filho o pode fazer, no entanto, se improcedente o pedido do autor, não terá direito de reavê-los, uma vez que irrepетíveis.⁵⁸

Atualmente o direito conta com a ajuda da tecnologia para resolver os casos de paternidade, pois

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

⁵⁸ SAID CAHALI, Yussef. **Dos Alimentos**. 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

temos o exame pericial de DNA, este juntamente com outros meios de prova erigidas nos autos, forma o conjunto probatório das ações de Investigação de Paternidade.

Não obstante os avanços tecnológicos, em tempos não tão remotos já existiam exames periciais, que em conjunto com as outras provas produzidas nos autos, davam ao magistrado subsídios para julgar procedente ou não o pedido do autor, estamos falando do Exame Hematológico ABO e do Exame de Paternidade pelo método da tipagem HLA.

O primeiro consistente na análise do sangue de duas pessoas, suposto filho e suposto pai, e a avaliação das características sanguíneas de ambos; a falha neste exame dá-se que, pois qualquer indivíduo com as mesmas características sanguíneas pode ser o suposto pai do autor da ação.⁵⁹

Assim o magistrado na época para julgar se calcava além do exame ABO, nas provas produzidas nos autos e mesmo assim, corria-se o risco da verdade trazida pela sentença não ser a verdade real.

O segundo consistente na determinação dos antígenos HLA servia como verdadeira tábua de salvação, quando não feito o exame pericial ABO ou, quando ainda restavam dúvidas mesmo quando feito

⁵⁹ BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade**. s/ed., Leme/SP: Editora do Direito, 1998, p. 38.

este exame, pois que conferia 86% (oitenta e seis por cento) de certeza quanto à exclusão da paternidade, pois determinava qual antígeno o autor da ação tinha herdado de sua genitora, por consequência lógica e natural o antígeno que restasse (todo ser humano tem dois) seria herdado do pai biológico.⁶⁰

O exame pericial de DNA trata-se de uma técnica oriunda do estudo genético do organismo, o seu nome científico é ácido desoxirribnucléico.⁶¹

Ele indica com uma probabilidade de 100% (cem por cento) de não só excluir, como também incluir, determinado indivíduo como progenitor de determinada pessoa, trata-se de uma verdadeira impressão digital genética, sendo praticamente impossível, que existam dois indivíduos em nosso planeta com o mesmo material genético.⁶²

Tal exame pode ser feito a partir de sangue fresco ou dessecado, traços de sêmen ou raízes de fios de cabelos o que permite que seja feito o exame mesmo após a morte.

Não se pode olvidar que nestas ações, apesar de seu caráter singular, são decorrentes de princípios

⁶⁰ BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade**. s/ed., Leme/SP: Editora do Direito, 1998, p. 43.

⁶¹ TORRES DE ALBUQUERQUE, J.B.; FIDA, Orlando. **Investigação de paternidade**. 5ed. Leme/SP: Editora do Direito, 1996, p. 86.

⁶² RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade: Manual Prático do DNA**. 1 ed, Curitiba/PR: Juruá, 2004, p.23.

constitucionais, tal como a dilação probatória, devendo o magistrado avaliá-la em conjunto com as demais provas trazidas aos autos, antes mesmo de determinar que se faça a prova pericial do DNA, conforme entendimento jurisprudencial.⁶³

Podemos observar que antes do exame pericial de DNA, não se tinha o absoluto respaldo para se determinar se alguém era ou não progenitor. Os magistrados da época ao julgar as demandas com pedidos relacionados à paternidade lastreavam-se em presunções, em probabilidades, o que era demais perigoso, haja vista que o que estava em jogo era justamente o direito a paternidade e obviamente a própria dignidade do investigante.

No entanto, diante do avanço tecnológico, no reconhecimento pela doutrina e jurisprudência, da importância da filiação e, mais atualmente da verdadeira filiação é que se questiona: Não podemos deixar a segurança jurídica da coisa julgada e relativizá-la em prol da verdade que outrora não pode ser erigida? É correto em favor de a segurança jurídica negar a um indivíduo o conhecimento das suas verdadeiras origens? E por derradeiro, o direito à real filiação esta conexo ao princípio da dignidade da pessoa humana é justo que uma norma processual mitigue tal princípio constitucional?

⁶³ STJ- Resp nº 83.030/MS, Segunda Seção. Rel. Min. Waldemar Zveiter, D.J. 24/09/1997

Tais questionamentos não obtiveram resposta unívoca e demonstraremos mais adiante, por enquanto passemos a observar a natureza jurídica da sentença da ação de investigação de paternidade.

4.5. Natureza jurídica da Ação de Investigação de Paternidade

Para Misael Montenegro Filho⁶⁴ trata-se de ação de natureza constitutiva, visto que cria uma situação jurídica nova, não existente antes da sentença de procedência da ação ou dos pedidos.

Já para Venosa, a natureza da sentença da ação de investigação de paternidade é declaratória com efeitos “*erga omnes*”, pois ao reconhecer a paternidade, a sentença declara fato preexistente, qual seja o nascimento.⁶⁵

Dinamarco acompanha Venosa e preconiza:

a sentença meramente declaratória é a mais simples entre todas as sentenças

⁶⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo Civil: Técnicas e procedimentos**. 1 ed. São Paulo/SP: Atlas, 2006, p.410/411.

⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 6ed. v. 6. São Paulo/SP: Atlas. 2006, p. 273.

de mérito em sua estrutura lógico-substancial, pois se limita à mera declaração sem nada lhe acrescentar. É de sua essência e natureza a afirmação ou negação da existência de uma relação jurídica (...). Declara-se que uma relação existe, por exemplo, na sentença que julga a procedência da Investigação de Paternidade (ela afirma a relação de filiação autor e réu); declara-se que ela não existe, quando essa demanda é julgada improcedente.⁶⁶

E Mattos Barroso complementa a asserção dos Doutos doutrinadores: “O autor satisfaz sua pretensão com a mera declaração judicial, não sobrevivendo necessidade de execução da decisão, como acontece na investigação de paternidade”.⁶⁷

Observa-se que não há entre os doutrinadores brasileiros conformidade sobre a natureza jurídica da sentença proferida nas ações de investigação de paternidade, alguns creem ser de natureza constitutiva, outros que se trata de sentença de natureza declaratória e com estes concordamos, pois a paternidade é fato preexistente e o julgamento sobre este fato apenas o declarará.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil III**. 5 ed. São Paulo/SP: Malheiros. 2004, p. 217-218.

⁶⁷ MATTOS BARROSO, Carlos Eduardo. **Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 6 ed. v. 11. São Paulo/SP: Saraiva, p. 34.

4.6. Direito à personalidade e à dignidade x Segurança Jurídica

“Os princípios constituem os mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e a integração de todo o setor do ordenamento em que radicam”.⁶⁸

Pode se depreender do excerto, que os princípios são os sustentáculos das normas que regem todas as sociedades. Na sociedade brasileira não se dá de outra forma. Os princípios em questão são constitucionais fundamentais para o Estado democrático de direito:

O direito à personalidade, no ensinamento do Prof. Guilherme Feliciano é situado juntamente com os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, direito à vida, privacidade, identidade e integridade física.⁶⁹

Já o princípio da dignidade humana também de cunho fundamental ao Estado democrático de direito,

⁶⁸ ORDESCHI IVANOV, Simone. **In Revista do Advogado**. Ano XXVIII. n° 101, 12/2008.

⁶⁹ GUIMARÃES FELICIANO, Guilherme. *Direito à prova da dignidade humana*. 1 ed. São Paulo/SP: LTR, 2007, p.124.

foi insculpido na Carta Magna em seu artigo primeiro, inciso terceiro, trata-se de uma integridade moral, intrínseca a todos por sua só existência no mundo.

A segurança jurídica é princípio constitucional trazido pelo legislador no artigo 5º inciso XXXVI, por meio da coisa julgada, já estudada no capítulo 2º, consistente numa garantia processual de concretização de uma ordem jurídica justa, dando uma mínima previsibilidade aos cidadãos que buscaram a tutela jurisdicional.

Mas o que fazer quando há um conflito entre os princípios? Como solucionar a colisão existente entre eles?

A resposta é simples, mas o método de aplicação não, outros princípios são utilizados para solucionar a contenda, o da proporcionalidade e o da razoabilidade, os quais não têm previsão expressa em nossa constituição, e são negados por parte dos juristas, no entanto, acompanhamos os Professores Guilherme Feliciano, Botelho de Mesquita e Robert Alexy, que os consideram implícitos e os utilizam.

Destarte, verifica-se o caso concreto, ponderando os princípios envolvidos, aplicando-os e prevalecendo aquele com peso maior.

Com relação aos princípios supracitados a divergência doutrinária é grande e Botelho de Mesquita afirma que o “conflito entre a autoridade da coisa

julgada e alguma norma ou princípio constitucional resolve-se pela ação rescisória” e completa “a solução de desconsiderar pura e simplesmente a autoridade da coisa julgada não seria compatível com o atual estado da organização jurídica nem das instituições políticas do país, representando antes uma solução retrógrada e totalitária”.⁷⁰

Já Maria Berenice Dias, em artigo escrito para o Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, em 27 de dezembro de 2001, afirma que precisa afastar os efeitos da coisa julgada, quando a ação diz com o Estado da Pessoa, o que se coaduna com as ações de investigação de paternidade em que há a aplicação dos princípios do direito à personalidade e a dignidade da pessoa humana.

A Desembargadora completa “a omissão própria do demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova pericial, não permite a formação de um juízo de convicção a ser selado pelo manto da imutabilidade”.

Tal afirmativa é lógica, haja vista que em tempos não tão remotos e, ainda, em alguns lugares do imenso Brasil, o Estado não dispunha e não dispõe aos agraciados pela Justiça Gratuita de exames periciais de DNA, logo aqueles que tiveram suas ações julgadas, transitadas em julgado, não podem ver o “manto da imutabilidade” permanecer.

⁷⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A Coisa Julgada**. s/ed. São Paulo/SP: Forense, 2006, p. 120.

O Professor Ralf Madaleno em artigo acerca da coisa julgada e da dignidade da pessoa humana obtempera:

resulta refletir acerca da indistinta incidência da coisa julgada sobre as ações de declaração e de negação de paternidade e, que ao seu tempo, pela inexistência ou pelo inaccess à perícia genética realizada pelos marcadores de DNA, restaram proferidas sentenças judiciais calcadas exclusivamente na verdade processual e continua... *cada pessoa, cada membro da família tem a sua própria personalidade, que é direito constitucional à dignidade humana, indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano.* É por todos estes seus predicados, é que a verdade científica e absoluta não pode ser barrada pela coisa julgada.⁷¹

Concluimos e concordamos com a Desembargadora Maria Berenice Dias, que afirma que entre a segurança social que a coisa julgada empresta e o direito fundamental à identidade do indivíduo, é

⁷¹ MADALENO, Rolf. **Filho da coisa julgada: A coisa julgada na investigação de paternidade.** 19/11/2007. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em 03/10/2010.

imperativo invocar o princípio da proporcionalidade e avaliar o que dispõe de mais valia, cabe assim ao Magistrado na concretude do caso, tendo sempre em vista, que um princípio processual, embora abarcado pela constituição, não pode suplantar a integridade inerente a todos os seres humanos.

4.7. Tendência da Desbiologização do Direito

O tema para alguns juristas pode soar estranho, mas já em 1979, João Baptista Vilela escrevia acerca para a Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.⁷²

A desbiologização consiste na família fundada em afetividade e em companheirismo, esvaziando o reforço biológico da paternidade.

Para tratar do assunto Baptista Vilela, socorreu-se da longa tradição cultural da humanidade citando a passagem bíblica do Rei Salomão, bem como a lenda do círculo de giz de Klabund e Brecht.

⁷² BAPTISTA VILELA, João. **DES BIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ano XVII, nº 21, maio 1979.

O autor afirma que além de fato é uma vocação a desbiologização da paternidade por levar em consideração o afeto e, ter na paternidade uma opção e exercício e não mercê ou fatalidade cita a adoção como principal forma de família fundada em afetividade e completamos com as formas de concepção não convencionais obtidas pelas mais inovadoras técnicas de reprodução humana.

A família que antes era o modelo de hierarquia patriarcal e matrimonial mudou para uma família que transmite valores formativos ao indivíduo, na construção de sua organização subjetiva, em prol da realização do pressuposto de dignidade humana e a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 parágrafo 5º protegeu esta nova forma de família inovando na igualdade entre homens e as mulheres na sociedade conjugal.

Disto implica na formação de um Direito das Famílias, devido à variedade de perfis de famílias existente, em que a maioria vem sendo formada com base na aludida afetividade.

Não obstante, a mudança de perfil com o avanço do exame de DNA deu-se maior ênfase a família biológica, nos dizeres Morais da Rosa, “o Direito Brasileiro passou a ser uma concepção de “açougueiro” de filiação, carne gerando carne, retrocesso...com efeito não se pode confundir pai com genitor e mãe com genitora, pois assumir a função de

pai é dar a criança acesso ao simbólico, ou seja, à linguagem, ocupando lugar de referência”.⁷³

Concordamos com a desbiologização da paternidade ao argumento de que independente se a figura paterna ali representada é de origem biológica ou de origem afetiva, haja vista a necessidade de uma figura para refrear, cortar, trazer referência ao indivíduo durante a sua formação.

Cousa distinta é saber sua origem biológica, quando não se sabe por completo, ou quando paira a dúvida no seio familiar, pois que se saber quem é como já tratado no item 4.1., é evitar traumas, ou amenizá-los, também importante na formação do indivíduo e como reagirá perante a sociedade.

4.8. Relativização da Coisa Julgada nas Investigações de Paternidade

Como já demonstrado até agora, não há na doutrina e jurisprudência conformidade acerca do tema relativização da coisa julgada, no entanto, quando se trata em relativizar uma sentença passada em julgado

⁷³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O cuidado como critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Revista do advogado. Ano XXVII, nº 91, maio de 2007.

no âmbito do direito de família, sobretudo das investigações de paternidade, vem crescendo paulatinamente o número de apoiadores da mitigação.

Além do embate sobre relativizar ou não a coisa julgada, dentre os apoiadores da flexibilização também não se encontra um consenso sobre como se deve proceder tal relativização, todos os defensores pretendem abrir exceções que a lei não previu para afirmar que em certas situações, a sentença não passaria em julgado, mas quais seriam estas exceções?

Apresenta-se as principais teses sobre o tema, amparados na doutrina e jurisprudência em favor da mitigação:

4.8.1 A coisa julgada segundo as provas produzidas no processo

Os defensores desta tese afirmam que só ocorre a coisa julgada nas ações relativas a paternidade se todas as provas possíveis foram produzidas (*secundum eventum probationis*) do contrário o processo seria julgado sem apreciação do mérito havendo apenas “res iudicata” formal.

Maria Berenice Dias sustenta esta tese afirmando que a ausência de prova na ação de investigação de paternidade enseja o julgamento da ação sem apreciação do mérito nos precisos termos do inciso IV do art. 485 do CPC, pois se faltam provas, faltam pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, impossibilitando um juízo de certeza.

Destarte, viabiliza a possibilidade de a parte retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade e o estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano.⁷⁴

Pedro Belmiro Welter acompanha idêntico posicionamento ao asseverar “que a sentença de improcedência por insuficiência de provas da paternidade biológica não exauriu a prestação jurisdicional, não adentrou no mérito do pedido, sendo meramente terminativa”.⁷⁵

Glaci Vargas e Maslova Werlang advogadas militantes no Sul do país, após extensa pesquisa acerca do tema concluíram que “seria um despropósito que a verdade real fosse afastada pela coisa julgada material, embora sendo evidente que o instituto existe

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**. 27/12/2001. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30/07/2010.

⁷⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **A coisa julgada na investigação de paternidade**. s/ed. Porto Alegre: Síntese. 2000.p.124.

para dar segurança às relações jurídicas, mas a justiça deve se sobrepor a segurança, sob todos os ângulos, quer quando improcedente a ação por insuficiência de provas, quer na impossibilidade de a sentença ser revista na via rescisória”.⁷⁶

Fazem tal apologia a mitigação da coisa julgada fundamentadas na busca da verdade real e na busca dos melhores interesses da criança.

O Ministro Sálvio de Figueiredo, do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de um recurso especial defendeu a mesma tese a favor da flexibilização da coisa julgada formulando ementa que a falta de provas em um primeiro processo é argumento para novo ajuizamento de ação de investigação de paternidade, pois é importante a busca da verdade real em detrimento da verdade processual.⁷⁷

Igual entendimento acompanha o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar recurso de apelação e agravo formulou as seguintes ementas:

Entretanto, é cediço o entendimento de que ação de investigação de paternidade, face à carência de provas, pode ser novamente proposta...

⁷⁶ PINTO VARGAS, Glaci O.; WERLANG, Maslova. **Paternidade: Investigação Judicial e Coisa Julgada.** s/ed. Florianópolis/SC: OAB/SC, 2004, p.82/83.

⁷⁷ STJ – Resp nº 226.436-PR, 4ª TURMA, Rel.Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 28 de junho de 2001

Outrossim, processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autos, que o juiz busca localizar essa verdade⁷⁸

1. Possível a renovação de demanda investigatória quando a ação anterior foi julgada improcedente por falta de provas e não foi realizado o exame de DNA. 2. Os preceitos constitucionais de prestígio à dignidade da pessoa humana se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, pois não há como negar a busca da origem biológica. 3. Desvinculação dos prazos e requisitos da ação rescisória.⁷⁹

Ainda em contundente artigo acerca do tema, publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, Carolina da Cunha Pereira França Magalhães, assevera que

a coisa julgada deve ser preservada quando realmente proteger o direito que está, em tese, garantido à parte. Mas quando ela, como instituto processual, obstaculizar o exercício de um direito que não pôde ser exercido por insuficiência de provas, em determinada

⁷⁸ TJRS - Apelação Cível nº 70012444865. Rel. Alfredo Guilherme Englert.

⁷⁹TJRS - Agravo de Instrumento nº 70012085569, Sétima Câmara Cível, Rel.: Maria Berenice Dias, D.J. 24/08/2005

época, não deverá sobrepor-se à verdade real.⁸⁰

O jurista Rolf Madaleno também a favor da mitigação da coisa julgada assegura, amparado em Dinamarco e Pereira Silva, “que é preciso reconhecer os avanços tecnológicos e sociais e libertar-se do amor à velha norma jurídica que teima em eternizar no tempo esta absoluta paixão pela coisa julgada”.⁸¹

Calca sua afirmativa também na verdade real trazida pelos exames periciais de DNA, refutando as sentenças judiciais baseadas exclusivamente na verdade processual.

Assim sendo, verifica-se que para esta corrente está presente a possibilidade da mitigação da coisa julgada face a Ação de Investigação de Paternidade fundada no valor justiça.

⁸⁰ CUNHA PEREIRA FRANÇA, Carolina. **Da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. A força da coisa julgada ante os desafios da verdade biológica** 09.2009. Disponível em: < [http:// www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br).>. Acesso em: 25/07/2010

⁸¹ MADALENO, Rolf. **Filho da coisa julgada: A coisa julgada na investigação de paternidade**. 19/11/2007. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br>.>. Acesso em 03/10/2010.

4.8.2 *Diversidade da causa de pedir*

O Ministro Cesar Asfor Rocha proferiu no dia 29 de junho de 2000, acórdão no Recurso Especial de nº 112.101/RS, no qual considerava a aplicação da mitigação da coisa julgada em sede de ação de investigação de paternidade, conforme ementa abaixo transcrita:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO
DE PATERNIDADE. CAUSA DE PEDIR
NA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA
PETENTI DA SEGUNDA.

Fundamentou tal acórdão em duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.

Consideramos esta corrente a mais frágil, haja vista os equívocos encontrados por Paulo César Crivelaro, apoiado a Belmiro Pedro Welter, opondo-se a tal tese alegando um equívoco de interpretação do respeitável Ministro, pois este alicerçou a mitigação da coisa julgada na diversidade da causa de pedir, mas no caso em tela não havia diversidade da causa de

pedir, pois toda problemática estava em torno das relações sexuais.

4.8.3. Regime especial da ação rescisória na investigação de paternidade

A mais suave de todas as teses engloba a hipótese de supressão do princípio da taxatividade que permeia o artigo 966 do CPC, para que haja uma interpretação mais abrangente do referido artigo, como por exemplo, o inciso VII que trata de documento novo, aqui haveria a possibilidade de se utilizar o exame pericial de DNA, que foi realizado após o trânsito em julgado da ação primeva ou a ser feito na ação rescisória.

Cumprе lembrar, que documento novo é aquele que surge para o autor da rescisória, após o trânsito em julgado da sentença e que se soubesse de sua existência poderia usá-lo no decurso do processo em favor de si mesmo, conforme já tratado no item 3.2 do presente trabalho.

Engloba ainda o início de contagem do prazo decadencial de dois anos descrito no artigo 975 do CPC, que se daria com a descoberta do documento novo, neste sentido, Marcus Vinícius Rios Gonçalves

defende, como já apontado, com ressalvas a mitigação da coisa julgada, afirmando que deve ser aplicada em situações muito excepcionais como o caso da ação de investigação de paternidade, uma vez que hoje temos o exame pericial de DNA que aponta com precisão a paternidade, assim, mesmo que ultrapassado o prazo da ação rescisória, poderia se relativizar a coisa julgada.⁸²

Scarpinella Bueno, é um destes apoiadores e sugere uma leitura ampliativa, extensiva, até mesmo criativa dos diversos incisos do artigo 966 do CPC para que ocorra flexibilização, afirma até uma possível contagem diversa do prazo decadencial insculpido no artigo 975, para que não corra do trânsito em julgado, mas sim do fato que dá origem ao pedido de *“iudicium rescidens”*.

Sustenta sua sugestão na necessidade de o princípio da segurança jurídica ceder espaço a outros valores consagrados na Constituição Federal, como o princípio da dignidade humana que é fundamento, como já incansavelmente demonstrado, das ações de investigação de paternidade, haja vista que é preferível que uma verdade materialmente constatável não possa deixar de ser jurisdicionalmente reconhecida em virtude de decisão anteriormente prolatada.⁸³

⁸² GONÇALVES RIOS, Marcus Vinicius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 1 ed. v 2. São Paulo/SP: Saraiva, 2005, p.32.

⁸³ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2 ed. V.5. São Paulo/SP: Saraiva, 2010, p.376.

Tereza Arruda Alvim Wambier e Garcia Medina sustentam que a palavra documento do supracitado artigo 966, inciso VII, deve ser entendida “*latu sensu*” compreendendo toda prova real, assim, entendem os autores que é permitido o ajuizamento da ação rescisória com fundamento em exame pericial novo.⁸⁴

A jurisprudência também vem agasalhando a tese defendida por estes doutrinadores, tanto que a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão fundamentando que a prova existente colhida pelo exame já era existente, visto que se encontra no interior das células e, que somente depois foi descoberta.⁸⁵

Neste diapasão, os Tribunais de Justiça de todo o país vêm proferindo decisões calcadas na busca da verdade real que o “documento novo” traz para as partes que foram buscar no judiciário proteção estatal.⁸⁶

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Odogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2003., p. 201-202.

⁸⁵ STJ - Resp 300084 / GO. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. D.J. 28/4/2004. Ementa – “**AÇÃO RESCISÓRIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO "STATUS PATER"**”.

⁸⁶ TJMG - Rescisória nº 1.0000.00.208394-7/000(1). –Rel. HYPARCO IMMESI – D.P. 19/10/2005. Ementa - - “**Rescisória - Investigação de Paternidade Julgada Procedente sem exame de DNA -**

Cumpre anotar que Mauro Nicolau Júnior defende a utilização do exame pericial de DNA como documento novo, mesmo que já tenha transcorrido o prazo decadencial de dois anos, “pois acredita que uma inverdade perenizada pela coisa julgada veda às pessoas o acesso ao pleno exercício da cidadania e ao direito à própria identidade”.⁸⁷

Não obstante o crescimento dos defensores da flexibilização da coisa julgada nas investigações de paternidade, encontra-se defensores da intangibilidade, que não admitem ser exame de pericial de DNA considerado novo, uma vez que não existia o laudo quando do ajuizamento da primeira ação, assim, a ação rescisória proposta com este fundamento não deve prosperar. Segundo recentíssimo julgamento de Recurso Especial nº 895545 da Terceira Turma do STJ, com relatoria do Ministro Sidnei Beneti em 18 de maio de 2010.

Outro argumento utilizado pela corrente contra a mitigação da coisa julgada é a impossibilidade de se produzir o documento no curso da rescisória, pois segundo eles a ação tem como fundamento o próprio documento novo, já existente, e não a mera

Inconformismo do Investigado - Prova Direta - Perícia de DNA determinada pelo Relator da Ação Rescisória - Viabilidade, Legalidade e Oportunidade - Documento Hábil - Coisa Julgada - sua Relativização - Ação de Estado - Direito Indisponível - Situação Preexistente - Verdade Real”

⁸⁷ NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais**. 1 ed. 4 reimpressão. Curitiba/PR: Juruá, 2008, p. 300.

expectativa relacionada ao documento que ainda se pretende produzir no curso do processo, neste sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL REJEITADA, SEM DISCREPÂNCIAS. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DOCUMENTO NOVO. DNA. PRETENSÃO DE PRODUZI-LO NO CURSO DA AÇÃO. DESCABIMENTO. COLIDÊNCIA COM A NATUREZA DA RESCISÓRIA. DESNATURAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.⁸⁸

Acredita-se ser esta corrente a mais cautelosa em relação a mitigação da coisa julgada nas investigações de paternidade, uma vez que avaliado com responsabilidade o caso concreto poder-se-ia deferir a utilização do exame de DNA como documento novo prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁸⁸ TJPE - Ação Rescisória nº 68822-6, 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. José Ivo de Paula Guimarães. D.J. 21/7/2010.

5. PACIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL- TEMA 392 – STF

Em histórico julgamento no dia 02 de junho de 2011, em brilhante voto da lavra do Relator, o Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli, julgado o RE nº 363.889/DF, reconhecendo-se a repercussão geral sob o tema 392, o qual superou a coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face da viabilidade de realização do exame de DNA, cuja ementa se transcreve:

EMENTA	RECURSO
EXTRAORDINÁRIO.	DIREITO
PROCESSUAL	CIVIL
CONSTITUCIONAL.	E
REPERCUSSÃO	GERAL
RECONHECIDA.	AÇÃO
INVESTIGAÇÃO	DE
PATERNIDADE	DECLARADA
EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM	
COISA JULGADA, EM RAZÃO DA	
EXISTÊNCIA DE ANTERIOR	
DEMANDA EM QUE NÃO FOI	
POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE	
EXAME DE DNA, POR SER O	
AUTOR BENEFICÁRIO DA	
JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO	
TER O ESTADO PROVIDENCIADO	

A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive

de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.⁸⁹

⁸⁹ STF- Recurso Extraordinário nº 363.889/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. D.J.02.06.2011.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como objetivo demonstrar a necessidade de relativizar a coisa julgada nas investigações de paternidade. Como se observou, o tema era controvertido na doutrina nacional, sendo aceita pelos Tribunais em casos restritos, principalmente quando se tratava de decisão em extrema discordância com o valor justiça e com o ordenamento jurídico nacional. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo o processo como instrumento ético destinado a servir à sociedade e o Estado, com a *ratio decidendi* na **coisa julgada *secundum eventum probationis***, pacificou o tema reconhecendo que “quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, **por falta de provas**, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova, deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”.

Na linha evolutiva o direito processual encontra-se na fase instrumentalista, ou seja, deixa-se de acreditar que o bem de muitos (segurança jurídica e estabilidade social) se sobreponha ao bem de poucos (situação particular, justiça casuística).

Cumprе anotar, que esta fase não se encerrou, continua em evolução, denominada pela atual doutrina como pós-positivismo ou neoprocessualismo, consistente na busca além da legalidade estrita, que é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, mas sem desprezar o direito posto, dando uma leitura moral ao Direito.

No conjunto de ideias defendidas pelo pós-positivismo incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, busca-se o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, principal argumento dos defensores da mitigação da coisa julgada nas investigações de paternidade, aliados à busca da verdade real.

Imperioso ressaltar que desde sua concepção o presente trabalho defendeu o entendimento pela concordância com a corrente que apreende ser possível e correta a mitigação da coisa julgada, por entender ser o valor da justiça maior do que a segurança jurídica, porém deve esta relativização ser coerente e bem aplicada, somente nos casos de extrema injustiça ou teratológica decisão, para que não

se eternize uma determinação jurisdicional injusta e descabida, em desacordo com a Constituição Federal e com os Princípios norteadores do Direito.

Desta forma, restou comprovado que embora a coisa julgada seja princípio constitucional garantidor da segurança jurídica, não pode por si só se sobrepor a todos os demais princípios e valores constitucionais, sob pena de gerar extrema injustiça em respaldo apenas da imutabilidade da decisão.

A decisão do Supremo Tribunal Federal é irretocável, pois em consonância com a Constituição, que é o instrumento que permite o acesso das pessoas à ordem jurídica justa, ou seja, o bem pretendido pelas pessoas que procuram o Estado deve ser entregue de forma substancial, pois de nada adianta garantir o acesso à justiça se uma regra processual se sobrepujar a dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacir. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 21 ed. v.3. São Paulo/SP: Saraiva, 2003.

ANDRADE NERY; Rosa Maria; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2007.

ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004.

BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade**. s/ed., Leme/SP: Editora do Direito, 1998.

BAPTISTA VILELA, João. **DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ano XVII, nº 21, maio 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Roberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. v.5. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2005.

BARROS MONTEIRO, Washington atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37 ed. v. 2, São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire; MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. **Direito Processual Civil: Institutos Fundamentais**. 1ed. Curitiba/PR: Juruá, 2008.

BORGES COLCERNIANI, Cláudia; CARLOS DE SOUZA, Fernanda B. C. **Adolescentes cuja paternidade não foi reconhecida por seus pais biológicos: O que eles pensam sobre maternidade e paternidade?** 15/04/2009. Disponível em < [http:// www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 20/06/2010.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A Coisa Julgada**. s/ed. São Paulo/SP: Forense, 2006.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José; Didier Junior, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. s/ed. v.3. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009.

CRIVELARO, Paulo César. **Desconsideração da Coisa Julgada nas Investigações de Paternidade**. 1 ed. Leme/SP: Heberman, 2009.

CUNHA PEREIRA FRANÇA MAGALHÃES, Carolina. **Da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. A força da coisa julgada ante os desafios da verdade biológica**. 09.2009. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 25/07/2010.

DELGADO, José. **“Pontos Polêmicos das ações de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”**. Revista de Processo. São Paulo: RT, N° 103, 2001.

DESTEFENI, Marcos. **Curso de Processo Civil, v. 1, tomo II: processo de conhecimento, tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**. 27/12/2001. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 30/07/2010.

DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Mariana. **A prevalência do direito a identidade**. 19/05/2009. Disponível em < [http:// www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 13/08/2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. 5 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie ; OLIVEIRA RAFAEL; SARNO BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. v. 2. Salvador/BA: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil III**. 5 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2005.

_____. **“Relativizar a coisa julgada material”**. Revista de Processo. São Paulo: RT, N° 109, 2003.

FILHO, Vicente Grecco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. v.2. São Paulo/SP: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 17 ed. v.2. São Paulo/SP: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 2 ed,v. 6. São Paulo/SP: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 1º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2005.

GUIMARÃES FELICIANO, Guilherme. **Direito à prova da dignidade humana**. 1 ed. São Paulo/SP: LTR, 2007.

LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto. **Ação rescisória e modulação da eficácia temporal de inconstitucionalidade**. Revista de processo 153, ano 32, novembro 2007.

MADALENO, Rolf. **Filho da coisa julgada: A coisa julgada na investigação de paternidade**. 19/11/2007. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 25/07/2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, Campinas/SP: Millenium, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **“O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”**. DIDIER JUNIOR, Freddie (organizador). Relativização da Coisa Julgada – enfoque crítico. 2º ed. Salvador/BA: Jus PODIVM, 2006.

MATTOS BARROSO, Carlos Eduardo. **Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 6 ed. v, XI. São Paulo/SP: Saraiva.

MIL HOMENS MOREIRA, Fernando. **Apontamentos à atual jurisprudência do STJ e do STF sobre os limites e a afronta à coisa julgada no âmbito civil: perplexidades e perspectivas**. Revista de processo 156, ano 33, fevereiro 2008.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1975.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo Civil: Técnicas e procedimentos**. 1 ed. São Paulo/SP: Atlas, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O cuidado como critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Revista do advogado. Ano XXVII, nº 91, maio de 2007.

MURANO GARCIA, Marco Túlio. **Presunção de paternidade pela recusa ao DNA agora é lei. Isso é bom ou é ruim?!?** 06/08/2009. Disponível em < [http:// www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 25/07/2010.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa Julgada: Limites e possibilidades à luz dos**

Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. 1 ed. Curitiba/PR:Juruá, 2006.

ORDESCHI IVANOV, Simone. **In Revista do Advogado.** Ano XXVIII. nº 101, 12/2008.

OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci; WERLANG, Maslova. **Paternidade: Investigação Judicial e coisa julgada.** s/ed. Florianópolis/SC: OAB/SC, 2004.

PAIVA VIANA, Luis Guilherme. **Resumo de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de conhecimento.** 1 ed. v.6. Leme/SP: Mizuno, 2006.

RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade: Manual Prático do DNA.** 1 ed. Curitiba/PR: Juruá, 2004

RODRIGUES WAMBIER, Luiz; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 8ª ed. v.1. São Paulo/SP:Revista dos Tribunais, 2006.

SAID CAHALI, Yussef. **DOS ALIMENTOS.** 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2009.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Recursos. Processos e incidentes nos tribunais.**

Sucedâneos Recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. 2ed. v. 5. São Paulo/SP:Saraiva, 2010.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o processo.** 1 ed. São Paulo/SP:Malheiros, 1995.

SOLDI ESTEVES, Jean. **Considerações acerca das técnicas de reprodução humana no novo Código Civil** 27/06/2004 |. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 03/10/2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 44 ed. Rio de Janeiro/RJ:Forense, 2006.

TORRES DE ALBUQUERQUE, J.B; FIDA, Orlando. **Investigação de paternidade.** 5ed. Leme/SP: Editora do Direito, 1996

ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Civil.** 1 ed. v. 5. São Paulo/SP: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** 6ed. v. 6. São Paulo/SP: Atlas. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Odogma da coisa**

julgada:hipóteses de relativização. São Paulo/SP:
Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **A coisa julgada na
investigação de paternidade.** s/ed. Porto Alegre:
Sintese, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: Juízos
Rescidente e Rescisório.** s/ed. São Paulo/SP:
Saraiva, 2005.