

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

FLÁVIO JOSÉ FERREIRA PACHECO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

**CURITIBA
2008**

FLÁVIO JOSÉ FERREIRA PACHECO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Inacio de Carvalho Neto.

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIO JOSÉ FERREIRA PACHECO

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Inacio de Carvalho Neto_____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ---- de ----- de 2008.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
1 INTRODUÇÃO.....	01
2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA.....	04
2.1 NOÇÕES BÁSICAS DE COISA JULGADA.....	04
2.2 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL.....	09
2.3 FUNDAMENTOS DO INSTITUTO.....	11
2.4 CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA.....	13
3 DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	15
3.1 BREVE CONSIDERAÇÕES.....	15
3.2 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E FORÇADO.....	21
3.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA.....	25
3.4 DAS PROVAS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	27
3.5 DA NEGATIVA DO SUPOSTO PAI EM REALIZAR O EXAME DE DNA.....	31
4. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	33
4.1 CASOS EM QUE HÁ POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO JULGADO.....	33
4.2 EXAME DE DNA E COISA JULGADA.....	37
5 CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS	47

RESUMO

Trabalho realizado visando discorrer sobre o instituto da coisa julgada, seus desdobramentos (coisa julgada formal e material), limites (objetivos e subjetivos) e fundamentos. Passando pela investigação de paternidade com o propósito de tecer breves considerações, como os tipos de reconhecimentos possíveis (voluntário e forçado), os legitimados para intentar ação de investigação e os que podem se sujeitar a ela, com comentários finais sobre a negativa do suposto pai em realizar o exame. Neste caso a paternidade será imputada ao indigitado pai, pois se opera a presunção *juris tantum*, ou seja, se admitem provas em contrário. Tudo para se chegar ao tema central: Relativização da coisa julgada em investigação de paternidade. No embate entre os direitos fundamentais de segurança jurídica dada pela coisa julgada consagrada pela Carta Maior e a dignidade da pessoa, a última deverá prevalecer pela realidade da dinâmica social – inerente às áreas de ciências humanas e nesse caso ofertada também pela ciência genética que trouxe a possibilidade de se rever um caso julgado pelas modernas técnicas de perícia no DNA – unida a força do princípio basilar da dignidade da pessoa seus desdobramentos como o direito a convivência familiar, à identidade e ao nome da família e seu direito de conhecer sua ascendência genética.

Palavras-chave: Ação de Investigação de Paternidade – Legitimidade ativa e passiva – Reconhecimento da paternidade – Provas da paternidade – DNA – Coisa julgada – Coisa julgada formal e material – Fundamentos do instituto – DNA e investigação de paternidade – DNA e coisa julgada – Direitos fundamentais – Conflito de princípios – Relativização.

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por finalidade apresentar uma compilação doutrinária acerca das hipóteses de relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade, a partir das premissas que guiam o direito de família contemporâneo brasileiro.

No primeiro capítulo faremos uma breve exposição do que seria a coisa julgada, suas particularidades e desdobramentos (coisa julgada formal e material).

Ainda no que diz respeito à abordagem inicial de coisa julgada, discorreremos sobre seus fundamentos políticos e constitucionais, que justificam a proteção maior do instituto, em face do dever de segurança jurídica que deve reinar para os jurisdicionados se sentirem bem amparados. Na seqüência abordamos a configuração dada pela atual Constituição da República ao instituto da coisa julgada.

Logo após voltamos a atenção para a investigação de paternidade no direito brasileiro. Fizemos primeiramente uma breve exposição histórica em que foi relatado os primórdios da discriminação que pairava sobre o solo nacional, especificamente sobre os filhos havidos como ilegítimos.

Demonstramos a evolução no direito pátrio e a aplicação dos princípios constitucionais a justificar as modernas ações de investigação de paternidade e os conceitos de filiação.

Neste momento pode-se afirmar que, com o advento da Constituição da República de 1988, a paternidade teve um importante reconhecimento, já que os filhos

(agora sem discriminação) têm o direito de conhecer sua ascendência genética, à luz dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa.

O novo Código Civil regula o tema filiação no art. 1.596 e o reconhecimento da paternidade a partir do art. 1.607. Cabe lembrar que a investigação de paternidade está regulada, além do Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código de Processo Civil.

Atentamos ainda aos critérios de determinação de paternidade, que podem ser de origem socioafetiva, biológica e de presunção. Cumpre salientar que, de qualquer maneira, filiação não se reduz apenas a dados biológicos, nem pela legitimação de um casamento.

Discorremos sobre o reconhecimento voluntário e forçado nas investigações de paternidade. Abordamos também as legitimidades ativas e passivas dessa ação.

Importante tópico do presente trabalho mostra as provas admitidas e possíveis em investigação de paternidade e a questão da negativa do suposto pai em realizar o exame no DNA. Esta última situação traduz uma presunção *iuris tantum* de que ele (investigado) é o pai. É a matéria da súmula 301 do STJ.

Em seguida, verificamos os casos em que é possível a mitigação da coisa julgada, para então adentrar ao tema central deste trabalho: O exame no DNA e o trânsito em julgado.

Há um conflito de direitos na era “pós DNA”, eis que, após muitos casos transitarem em julgado (época pré DNA), surge uma tecnologia capaz de reverter faticamente uma decisão já consolidada. Há um embate de direitos quando a pessoa

quer saber da sua ascendência genética e o suposto pai tem a proteção do direito constitucional da chamada coisa julgada.

O tema traz a possibilidade de haver uma negação à imutabilidade garantida pela Carta Magna de 1988.

Assim como o direito, a ciência laboratorial e em especial a ciência genética evoluíram muito nos últimos anos. O direito por excelência é matéria de relações humanas e desta forma é constantemente revisto, haja vista a dinâmica social.

A evolução da ciência genética trouxe para o mundo jurídico uma questão que deve ser analisada seriamente. O que antes era resolvido com presunção e indícios agora aponta (com a realização de exames) 99,99% de certeza, a filiação ou não de uma pessoa em relação à outra.

É por esta razão que cada vez mais os magistrados de primeiro grau e os tribunais superiores vêm se utilizando da realização de exames no DNA em ações que versem sobre a dúvida de paternidade.

Por fim, mas não menos importante, destacamos a necessidade de que haja no ordenamento jurídico alguma imposição legal ao suposto pai para realização do exame no DNA, eis que se trata de matéria de interesse público e por isso merece um cuidado maior, o que terminaria definitivamente com as decisões embasadas em suposições, indícios e/ou presunções.

1. O INSTITUTO DA COISA JULGADA

1.1. NOÇÕES BÁSICAS DE COISA JULGADA

O vocábulo coisa julgada tem origem na expressão latina *res iudicata*, que pode se traduzir como *coisa julgada*.¹

Quando iniciada uma ação perante o Judiciário e dado um fim ao processo temos efeitos imutáveis advindos do julgamento.

A fim de trazer a este trabalho a essencial noção de coisa julgada coletamos conceitos desse instituto.

Antes de Enrico Tullio LIEBMAN, considerava-se a natureza jurídica da coisa julgada os efeitos de imutabilidade e eficácia da sentença.

Com o raciocínio paradigmático do instituto, este autor afirmou que na verdade tratava-se de uma qualidade do processo findo. No seu lógico pensar, não poderia vir antes a valoração do objeto do que o próprio objeto de valoração.

Nas suas palavras: “a coisa julgada é uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença.” Assim, a sentença pode gerar efeitos, mas só haverá as qualidades de coisa julgada quando não couberem mais recursos.²

Para a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (art. 6º, § 3º), “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso”.³

1 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.20.

2 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**, 2ª ed., Rio de Janeiro: forense, 1981. p.40.

3 BRASIL. Código Civil. Lei n.º10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil publicado no DOU de 11.01.2002. In: FIGUEIREDO, Antonio Carlos Vade-mecum Acadêmico da Legislação Brasileira. São Paulo: Primeira impressão, 2006. p.

Ante essas disposições, diz-se que a coisa julgada tem como características a definitividade, imutabilidade, intangibilidade e estabilidade da sentença.

Celso Ribeiro BASTOS ensina que coisa julgada: “é a decisão do juiz de recebimento ou de rejeição da demanda da qual não caiba mais recurso. É a decisão judicial transitada em julgado.”⁴

Ovídio A. Baptista da SILVA lembra que: “a coisa julgada, como resultado da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta.”⁵

Para Claudia Bellotti MOURA e Vitor Hugo OLTRAMARI, a coisa julgada: “é uma qualidade outorgada por lei a determinadas decisões que, após esgotados todos os recursos cabíveis, assume a condição de imutabilidade e indiscutibilidade.”⁶

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART definem coisa julgada como “a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior.”⁷

Quanto aos seus limites pode se afirmar que objetivamente o que faz coisa julgada é somente a parte dispositiva da sentença.

MARINONI e ARENHART explicam a razão desta restrição:

Se este fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença, e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença. Realmente, observando-se o relatório e a fundamentação da sentença, nota-se que, em nenhum desses dois elementos, existe propriamente (ainda) julgamento. Neles o magistrado ainda não certifica a vontade do direito que incide sobre o caso concreto, vindo isto a acontecer apenas na última etapa, ou seja, no dispositivo (*decisum*).⁸

4 BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004. V.2. p.218.

5 SILVA, Ovídio^a Baptista. **Sentença e coisa julgada**. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 95.

6 MOURA, Cláudia Bellotti, OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista brasileira de direito de família**, n27, p.72-95, jan./jun. 2000 p. 84.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.669.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. .Op. cit. p. 687.

Tal entendimento foi absorvido pela legislação, o que se nota da simples leitura do art. 469 e seus incisos I e II. O inciso III desse mesmo artigo prevê que não terão força de coisa julgada as questões decididas incidentalmente no decorrer do processo. Contudo, poderá a parte, através de ação declaratória incidental, fazer constituir a coisa julgada em relação a estas questões (CPC – art. 470).

Como bem observam estes autores, a coisa julgada se limita à parte dispositiva da sentença.

Todavia, dimensiona-se esta imutabilidade pelo exame dos três elementos que identificam a ação, ou seja, pela observação das partes, do pedido e da causa de pedir. Modificando algum destes elementos, estar-se-á evidentemente diante de uma nova ação, para a qual nenhuma relevância possui a existência de coisa julgada na demanda anterior.⁹

Há também limites subjetivos da coisa julgada. Em regra, os terceiros que não integraram a lide não serão acobertados pela coisa julgada.

Importante aqui é aquela noção de diferença entre qualidade e efeitos da sentença, trazida por LIEBMAN. Este autor lembra que é possível que os efeitos da sentença alcancem terceiros, mas a imutabilidade só alcançará aqueles que fizeram parte da relação processual.

O nosso código processual adotou essa postura na primeira parte do art. 472, onde diz que: “A sentença faz coisa julgada entre as partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”(...)

PORTO assevera que

Acaso alguém, como titular de relação jurídica de direito material apreciada pelo juízo, não tenha integrado a relação jurídica de ordem processual decorrente de eventual conflito, não estará sujeito à eficácia da sentença que normou a relação e muito menos a autoridade da coisa

9 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 681.

julgada que porventura venha se formar por decorrência da decisão, eis que esta restringe-se às partes, ressalvadas as exceções retro apontadas, pois presente tão-somente o efeito *inter omnes*.¹⁰

A segunda parte do mesmo artigo faz exceção quanto às causas relativas ao estado de pessoa, alertando que, sendo citados todos os interessados, a sentença fará coisa julgada em relação a terceiros.

Justifica-se a ressalva feita por esse dispositivo, eis que não poderá haver, por exemplo, pessoas casadas perante uns e solteira perante outros. Assim nas ações de estado de pessoa como nulidade de casamento, emancipação, interdição, destituição ou constituição de pátrio poder etc., haverá a extensão da coisa julgada a terceiros.

Quanto a este aspecto, MARINONI e ARENHART resumem:

Aqueles que não são partes do litígio, e assim não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade para ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte (por exemplo: o sublocatário na condição de assistente simples do locatário) ou manifestar oposição aos efeitos da sentença.

Quando o terceiro possui interesse jurídico – e assim legitimidade -, ele pode opor-se aos efeitos da sentença: quando não a possui, ele sofre naturalmente tais efeitos.¹¹

Poderá haver a extensão da coisa julgada em outros casos como os em que há sucessores da parte, substitutos processuais, gestores de negócios etc. Assim, tendo o Ministério Público agido como substituto processual de menor em investigação de paternidade, não poderá esse menor vencido na demanda, depois de haver atingido a maior idade, rediscutir a lide.¹²

10 PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.210/211.

11 MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit. p.685.

12 CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 166.

Parte da doutrina entende que a segunda parte do art. 472 não pode prosperar na prática, pois o que se tem na verdade é o alcance a todos pela eficácia da sentença nas ações que versam sobre o estado das pessoas, mas não a coisa julgada. Some-se a isso a garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário de apreciar ameaça ou lesão a direito.¹³

No caso específico da ação de investigação de paternidade, José Aparecido da CRUZ observa que deverá mesmo ser adotada a regra geral do art. 472, em que a sentença só fará coisa julgada entre as partes.

Justifica esse entendimento por observar que os interessados numa eventual ação de investigação de paternidade seriam os filhos do investigado, esposa, avós e todos que possam estar na linha de sucessão hereditária. Ocorre que, na prática, nem todos os interessados figuram no pólo passivo, em litisconsórcio necessário, e assim a sentença não poderá prejudicar aqueles que não fizeram parte da demanda.¹⁴

Como não poderia ser diferente, o mesmo autor afirma que, em sentença de investigação de paternidade, quando se faz coisa julgada material, seus efeitos terão validade contra todos (*erga omnes*), e assim alcançará terceiros, não por terem sido citados no processo, mas justamente por tratar de ação de estado (indivisível) a que se refere a segunda parte do art. 472 do CPC.¹⁵

Agora cientes do alcance da coisa julgada para terceiros, podemos nos confrontar com a situação daquele que se acha o pai biológico e requerer a nulidade da sentença que reconheceu a paternidade de outro a fim de que ele seja declarado o verdadeiro pai do investigante já reconhecido.

13 PORTO, Sérgio Gilberto. Op. cit., p. 215/216.

14 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p. 162/163.

15 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p.163/164.

Por toda exposição deste capítulo, utilizando a regra geral da primeira parte do art. 472 do CPC, podemos concluir que há a possibilidade desta nova demanda, haja vista que o autor da nova pretensão não fez parte daquela primeira relação jurídica. Ganha força esta tese também pelos fundamentos do instituto, que, como veremos, preza pela segurança jurídica e, como a sentença nesse caso pode não refletir a verdade, não gerará a paz jurídica que se espera.¹⁶

Há ainda a divisão da coisa julgada em sentido amplo em coisa julgada formal e coisa julgada material. Ponto abordado a seguir.

1.2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

Portanto, tem-se nas palavras de José Aparecido da CRUZ que “os sujeitos da relação processual, conformando-se com a decisão prolatada, ou tendo dela recorrido nos prazos regulares sem êxito, diz-se que a sentença transita em julgado tornando-se imutável e aí sim ela atinge a finalidade do processo, compondo o litígio.”¹⁷

A coisa julgada pode se dividir em coisa julgada formal e coisa julgada material. A segunda pressupõe a primeira, como veremos.

A definição da Lei de Introdução ao Código Civil trata da coisa julgada formal. E é pressuposto para existência da coisa julgada material.

Explica-se; coisa julgada formal é aquela em que transitou em julgado a sentença e não há possibilidade de recurso ordinário, especial ou extraordinário, fez-se então “lei entre as partes”, nos exatos limites do deslinde da questão. Impede-se,

¹⁶ CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p. 164.

¹⁷ CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p.160.

portanto, que, no mesmo processo, haja nova discussão em torno da sentença, eis que não é mais admissível nenhum recurso contra a mesma.

Ocorre a coisa julgada formal em sentenças terminativas, ou seja, aquelas em que não há resolução de mérito, casos previstos pelo art. 267 do CPC.

Já a coisa julgada material vincula, além das partes, também os órgãos jurisdicionais do Estado. Esta se dá nas sentenças definitivas de mérito, ou seja, aquelas situações previstas pelo art. 269 do CPC.

É consequência da coisa julgada formal, que pode ocorrer concomitantemente à material, a qual impede nova demanda pela mesma lide, já que a imutabilidade se projeta para fora do processo.¹⁸

O Código de Processo Civil define a coisa julgada material no seu artigo 467: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

PONTES DE MIRANDA giza que haverá coisa julgada formal “quando não mais se puder discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede de discutir, noutro processo, o que se discutiu.”¹⁹

Para MARINONI e ARENHART, a verdadeira coisa julgada é somente a material. Para estes autores não faz sentido chamar de coisa julgada formal o que na realidade é preclusão. Para chegar a esta conclusão, partiram da premissa de que, se na coisa julgada formal não é mais possível rediscutir o que foi decidido, dentro do mesmo processo, estaríamos, em verdade, diante do instituto da preclusão. E explicam: “a coisa julgada formal” opera-se em relação a qualquer sentença, a partir do momento

18 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p.160/161.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco C., **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V, p. 144.

em que precluir o direito do interessado em impugná-la internamente à relação processual. Como preclusão que é, não deve ser confundida com a figura (e o regime) da coisa julgada (material).”²⁰

Opinião similar à de Sérgio Gilberto PORTO. Depois de lembrar que todos os atos do juiz são recorríveis (salvo os despachos de mero expediente), desde que acionados dentro do prazo legal, conclui que a “não apresentação de recurso no prazo estipulado ou o não exercício de todos os recursos disponíveis, com o esgotamento da via recursal, acarretam a preclusão.”²¹

1.3 FUNDAMENTOS DO INSTITUTO

A gênese do instituto coisa julgada se justifica na idéia de segurança jurídico-social, haja vista que a impossibilidade de se rever uma situação jurídica definida e protegida pela força do caso julgado dá aos jurisdicionados a certeza de que o pronunciamento final do Judiciário não gerará mais discussão, sendo inatingível e, por conseguinte, insuscetível de modificação.

Disto resulta uma credibilidade ao Judiciário, que, pela força do instituto coisa julgada, dará conseqüentemente efetividade ao fim maior da jurisdição, que é a pacificação social.

A simples desconfiança de que as demandas resolvidas definitivamente pudessem ser revistas geraria descrédito ao Poder Judiciário, podendo resultar em exercícios arbitrários das próprias razões, o que culminaria no caos social.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p.670.

21 PORTO, Sérgio Gilberto. Op. cit. p. 159.

Para evitar tais aborrecimentos como estes, os operadores do direito criaram o mecanismo da coisa julgada para não frustrar o escopo principal da jurisdição (pacificação social dos conflitos).

Sérgio Gilberto PORTO conclui:

Em *ultima ratio*, os fundamentos da coisa julgada, em face de seus propósitos filosóficos de oferecer segurança jurídica, radicam-se na finalidade inata – teleológica – do ato sentencial de regular definitivamente certa relação jurídica (eficácia), a qual, por força da vontade do Estado, pode ser imposta perante todos (autoridade).²²

WAMBIER e MEDINA entendem que esta compreensão de segurança jurídica implica a função positiva e negativa no direito. Explicando a função positiva, estes autores dizem que: “A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro.”²³

E arrematam traçando um paralelo, por haver em certa medida uma complementação entre a coisa julgada e preclusão:

Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente.²⁴ (sic).

Elucida exemplificando bem a função positiva da coisa julgada PORTO:

(...);possui também a potencialidade de substanciar a demanda futura, como no caso em que – por exemplo – controvertem autor e réu sobre a natureza jurídica de certo contrato. Definido este como de locação, emerge daí a possibilidade de, com base na decisão anterior, se buscar o pagamento de alugueres. Nesta futura demanda, por evidente, a possibilidade de procedência tem suporte, justamente, na coisa julgada, e disto decorre o reconhecimento da inafastável função positiva que esta possui (...).²⁵

22 PORTO, Sérgio Gilberto. op. cit., p. 153.

23 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit. p.21-22.

24 Idem, p. 21.

25 PORTO, Sérgio Gilberto. op. cit. p. 164.

Quanto à função negativa, resume-se na idéia de que os casos julgados criam empecilho definitivo para que o Judiciário se pronuncie novamente sobre aquilo que já havia sentenciado.²⁶

A coisa julgada em sentido amplo tem fundamento no que se chama direito político. Isso por que deve se ter em mente que há a possibilidade de haver decisões errôneas em alguns processos. Havendo essa chance de haverem sentenças “erradas” e a conseqüente incerteza sobre direitos caberá uma escolha para o menor mal possível. Essa escolha deve caber ao direito político. Poderá, portanto, haver reapreciação do caso pelas instâncias superiores, permitindo a rescisão, para depois haver a autoridade que torna imutável aquela decisão, a isso se chamou coisa julgada.

1.4 CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

No que diz respeito à coisa julgada, trata-se de um direito fundamental e, assim, considerado como cláusula pétrea. Através da coisa julgada se busca tutelar a segurança jurídica visada pelo Estado Democrático de Direito.

Mais do que um direito, é uma garantia fundamental e por tudo isso prevista nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 60, § 4º, inciso IV da Constituição da República.

Junto à coisa julgada, estão previstos no artigo 5º da Carta Maior de 1988 o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, nestes termos:

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

26 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit. p.21-22.

Ainda a fim de dar intangibilidade a estes institutos previu o mesmo diploma no art.60:

“§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir;
IV – os direitos e garantias individuais.”

Portanto, o sistema jurídico brasileiro deve obediência a este instituto por princípio fundamental que é. E os jurisdicionados têm o direito público subjetivo de exigir o respeito a imutabilidade que a *res iudicata* confere às decisões do Poder Judiciário.

Mister se faz salientar que a coisa julgada como garantida constitucional deve atentar aos princípios do próprio ordenamento jurídico como o do acesso à justiça, do contraditório, do devido processo legal, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa, da legalidade, da segurança jurídica, da igualdade, do próprio Estado Democrático de Direito etc. As demais regras do instituto, como seus limites, configuração e regime de vigência têm previsão infraconstitucional.

2 DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

A Carta Maior da República de 1988 tem nos seus fundamentos principiológicos a idéia da igualdade. O princípio da igualdade tem inúmeras vertentes práticas. Como no direito administrativo, penal, tributário, previdenciário etc.

Este princípio funciona com a premissa de que tratará igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades.

É neste sentido, por exemplo, que se ampara e se legitima a cota para negros nas universidades brasileiras.

No direito do consumidor é comum a inversão do ônus da prova em havendo hipossuficiência da parte ou sendo verossímeis suas alegações, na tentativa de haver um equilíbrio entre as partes, por haver diferenças, sejam econômicas, sociais, intelectuais etc.

Mas também há princípio da igualdade no sentido de não haver discriminação entre os semelhantes, conhecida pela máxima “todos são iguais perante a lei”.

Antes da revogação do art. 38 não se permitia casar mais de uma vez. Ocorre que, na prática, infelizmente, nem todos os casamentos prosperavam. Dessa situação se tinha uma separação de fato e uma nova união “ilegal”. Se dessa última resultasse gravidez, a criança não poderia ser registrada nem que o pai, voluntariamente, quisesse. Havia discriminação legal para estas crianças. E mais, não era possível ajuizamento de ação de investigação de paternidade para os homens casados, a fim de proteger a instituição família.

Havia, portanto, no Brasil discriminação entre filhos havidos fora do casamento e filhos havidos do casamento. Estes não eram reconhecidos, não poderiam ter o registro do pai se esse fosse casado com mulher diferente da sua mãe, mesmo que só “no papel”, ou seja mesmo que já houvesse separação de fato. Mesmo após a Lei do Divórcio as pessoas tidas à época como desquitadas ainda eram vistas com muito preconceito perante a sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a previsão expressa de proibir a discriminação. Inclusive quanto à designação dos filhos havidos ou não da relação do casamento, adotivos ou biológicos. Todos são iguais para efeitos legais.

CF/88 - art. 227, § 6º: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Luiz Edson FACHIN consegue transmitir em poucas palavras a evolução conquistada:

Com a evolução e mudança dos costumes, observou-se uma tentativa, nem sempre vitoriosa, no sentido de derrubar, ou, pelo menos, amenizar aquela diferenciação, o que esbarrava no conceito de que a discriminação era a lei da desigualdade adotada. A igualação aparecia como uma afronta aos direitos sucessórios que a norma devia resguardar. Legitimar um filho espúrio, por exemplo, seria conceder um abrigo jurídico a uma relação tida como criminosa e, portanto, inconcebível para os costumes então vigentes.²⁷

Ainda justificando a não discriminação e a possibilidade de haver ação de investigação de paternidade temos o princípio da dignidade da pessoa.

Tal princípio é basilar no ordenamento jurídico e deve ser respeitado nas suas mais variáveis hipóteses de cabimento.

27 FACHIN, Luiz Edson. (coordenador) **Averiguação e investigação de paternidade extramatrimonial** – Comentários a lei n.º8.560/92. Curitiba, Gênese, 1995. p. 9.

Toda pessoa, com base neste princípio, tem o direito de saber sua ascendência genética, daí a legitimidade da ação de investigação de paternidade.

Esta ação já era admitida nos séculos XIX e XX. Havia a possibilidade de se provar a filiação tida como “ilegítima” por qualquer meio em direito admitidos. Mas os efeitos deste reconhecimento eram limitados. Esta situação perdurou até 1890.²⁸

Havia previsão do tema na Constituição de 1934. Art. 147: “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaíam sobre a dos filhos legítimos.”

A Constituição de 1937 trazia mais benefícios aos “ilegítimos”. Art.126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

A Constituição de 1946 não se preocupou com o tema. Neste período é flagrante a discriminação, o que dava ensejo à comum hostilidade entre os filhos legítimos e os ditos ilegítimos.

Há autores que distinguem “para fins didáticos” a filiação. Há a filiação legítima, legitimada e ilegítima. Legítimos são aqueles concebidos durante o casamento; os legitimados são aqueles havidos antes de seus pais se casarem e que logo após efetivando casamento dão àqueles legitimidade. Ilegítimos seriam aqueles surgidos de relacionamentos extra matrimoniais.²⁹

O entendimento de Luiz Netto LOBO é o de que não poderá haver outra interpretação senão a do texto constitucional.

28 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.326.

29 NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2006. p.172-173.

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferentes nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.³⁰

A paternidade do filho havido na constância do casamento tem presunção *pater is est*. Quando havido fora do casamento poderá haver reconhecimento voluntário ou por força de sentença judicial.³¹

O art. 1597 do Código Civil de 2002 elenca as hipóteses de presunção (*juris tantum*) de paternidade.

Alguns conceitos são considerados ultrapassados por abordar somente o aspecto biológico de filiação.

Na definição de Maria Helena DINIZ: “Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.”³²

Para Clóvis BEVILAQUA, “filiação é a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre filho e os progenitores.”³³

Nesta mesma esteira Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que “o nascimento de um filho (qualquer filho) cria uma relação de fato entre ele e seus pais: entre filho e os progenitores.”³⁴

30 LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p.40.

31 FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 29.

32 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. V.5 p.378.

33 BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil do Estados Unidos do Brasil comentado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1950. V. 2. p. 299.

Para Washington de Barros MONTEIRO, “o vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Encarada no sentido inverso, isto é, do lado dos genitores referentemente ao filho, essa relação chama-se paternidade ou maternidade.”³⁵

Márcia Cristina Ananias NEVES ensina que filiação “é a relação de parentesco existente entre filho e aqueles que o geraram, isto é, pai e mãe”³⁶.

Também atendendo somente ao aspecto biológico de filiação, Silvio RODRIGUES ensina que

Filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação.³⁷

Trazendo a idéia de adoção, mas mesmo assim não realizando um conceito completo, Paulo Luiz Netto LOBO diz que filiação “é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra ou adotada.”³⁸

Importante ressaltar que o que prevalece atualmente é o entendimento resumido por Pedro Roberto DECOMAIN, de que “filhos são filhos, pouco importando os vínculos existentes ou não entre seus pais, ou entre estes e terceiros. Todos os filhos têm direitos iguais e qualificações iguais...”³⁹.

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. V.5 p. 205.

35 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 1970. V.2. p. 244.

36 NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vademecum do direito de família à luz do novo código civil**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. p. 857.

37 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. V.6, p. 321.

38 LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 40.

39 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Declaração e investigação de paternidade**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p.27.

A tendência é reconhecer que a paternidade pode ser biológica, mas também pode ser por afetividade ou presunção.

Por isso, bom o conceito de GONÇALVES quando diz que: “Filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado”.⁴⁰

Na verdade, há muito tempo já existia a noção de que filho poderia ser aquele que não fora gerado biologicamente por quem os cria.

Márcio Antonio BOSCARO afirma que, na antiguidade, “o que realmente unia os membros da família antiga era algo para eles mais poderoso do que o nascimento: a religião do lar.”⁴¹

Assim quem fosse recebido por alguma família e a partir daí cultuasse seus deuses e desta forma compartilhando da mesma fé, seria tido como um filho. Nota-se que a idéia de adoção já era aceita à época. E conclui o autor que a adoção “surgiu como uma forma de perpetuar o culto doméstico existente no seio de uma dada família, pois não havia nada mais temível para seus membros de então, do que o fim desse culto, por falta de descendentes.”⁴²

Atualmente, o conceito de família tem base na *affectio*, em que o que interessa é a verdadeira afetividade entre os integrantes da família.

LAUAND DE PAULA conclui que:

Com a introdução dos princípios da dignidade, igualdade e liberdade na família, o vínculo jurídico da paternidade cedeu parte de seu espaço à verdade sócio-afetiva: formou-se uma família que respeita a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles e a liberdade necessária ao crescimento individual, com a prevalência das relações de afeto.⁴³

40 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, v.2. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.102.

41 BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.17.

42 Idem. p. 17.

43 LAUAND DE PAULA, Tatiana Wagner. **Adoção à Brasileira**: Registro de filho alheio em nome próprio.Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2007. p.49/50.

2.2 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E FORÇADO

Poderá haver o reconhecimento da filiação através de registro da certidão de nascimento, escritura particular ou pública, por testamento (mesmo via incidental), por declaração judicial, seja por ações diretas, como a ação de investigação (reconhecimento forçado) e reconhecimento de paternidade e a adoção, seja por via incidental em outro tipo de ação.

Assim, nada impede que o investigado pai reconheça voluntariamente a procedência do pedido e conseqüentemente haja a extinção do processo com resolução do mérito, com base no inciso II do art. 269 do CPC.

O reconhecimento voluntário é a liberdade de consciência do pai, da mãe ou de ambos em admitir a ligação com o filho. Não poderá haver revogação desse reconhecimento, consoante artigo 1.610 do Código Civil, nem mesmo aquele realizado por testamento. Este reconhecimento é exclusivo dos geradores, haverá possibilidade de fazê-lo mediante procuração com poderes especiais.⁴⁴

Esta admissão é um negócio jurídico voluntário, *strictu sensu*, o qual contém a afirmação, a prova de paternidade que produz efeitos de relação jurídica entre pai e filho.⁴⁵

A LF 8.560, de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, no seu art. 1º dispõe que:

- O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
- I – no registro de nascimento;
 - II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

44 DINIZ, Maria Helena. op. cit. p.400.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p.210.

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

Já a Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê no parágrafo único do artigo 26 que: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

O reconhecimento, de acordo com o professor Luiz Edson FACHIN, pode ser um ato provocado. No estado do Paraná, o oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais remeterá o pedido de averbação do reconhecimento para o Juiz da Vara de Registros Públicos, que, obrigatoriamente, ouvirá o Ministério Público para que possa ser expedido o mandado de averbação. Se não for respeitado este procedimento, o reconhecimento não se realizará.⁴⁶

Mais um modo de reconhecimento espontâneo vem previsto pelo art. 2º da LF 8.560/1992. Sobre este procedimento trazemos a explicação do professor Silvio de Salvo VENOSA:

Quando no registro apenas a maternidade é estabelecida, o escrivão remeterá ao juiz uma certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para identificação. O juiz será aquele cuja competência é fixada por norma local da justiça estadual, determinará a oitiva da mãe. Após, designará data para audiência do indigitado pai, ou estabelecerá prazo para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. Se ele confirmar a paternidade, lavrar-se-á termo de reconhecimento espontâneo para o qual se exige plena capacidade. Se negada a paternidade ou mantiver-se silente o indigitado, os autos desse procedimento serão remetidos ao Ministério Público, para o fim de ser promovida a ação de investigação de paternidade.⁴⁷

Atualmente, para que se reconheça a paternidade de filho, não é necessária a dissolução da sociedade conjugal. Assim, o reconhecimento independe do estado civil

46 FACHIN, Luiz Edson. **Averiguação...**,p.31-32.

47 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3ªed., São Paulo:Atlas, 2003, V.5.p.299.

do genitor. Há situações em que pode haver conflito entre a presunção *pater is est* e o reconhecimento voluntário efetivado por terceiro, como a genitora dizer que a paternidade não é de seu marido. Neste caso poderá haver um conflito entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica. Desta forma, já há uma paternidade definida, ainda que errada, pois, sob o aspecto jurídico, o pai é aquele que estaria casado com a genitora.⁴⁸

Como já referido, a LF 8.560/1992 diz que, em havendo registro de menor que conste somente a maternidade, deverá ser ouvido o Ministério Público a fim de que tome as medidas para a averiguação da paternidade.

Porém, se advindo de erro, coação ou não respeitadas as normas legais, esse reconhecimento pode vir a ser anulado. A condição ou termo imposta em ato de reconhecimento é ineficaz, consoante art. 1.613 do Código Civil de 2002.⁴⁹

Já o reconhecimento forçado é aquele que resulta de sentença judicial, que terá caráter personalíssimo.

Para José Luiz Mônaco da SILVA, “o reconhecimento forçado é um ato de império do Estado. Por essa razão, independe da manifestação de vontade do pai.”⁵⁰

Quando decidida a ação de investigação de paternidade, a sentença produz efeitos como o direito ao nome, ao parentesco, aos alimentos e à sucessão.⁵¹

Como prevê o art. 7º da LF 8.560/1992, a decisão que julgou procedente a investigação de paternidade deverá fixar alimentos provisionais ou definitivos, de acordo com o art. 1.616 do Código Civil de 2002. A sentença poderá determinar que a

48 FACHIN, Luiz Edson. **Averiguação...**, p.29-30.

49 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.401.

50 SILVA, José Luiz Mônaco da. **Reconhecimento de paternidade**. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p.23.

51 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 404.

criação do filho se dê longe daquele que contestou a paternidade. O magistrado ainda deverá lembrar do detalhe que trata a alínea “d” do § 1º do art. 29 e o § 4º do art. 109, ambos da Lei de Registro Públicos (LF 6.015/1973), que falam em ordenar a averbação a fim de que se produza os efeitos do reconhecimento.⁵²

A referida ação judicial se justifica no direito da pessoa em saber da sua origem ou ascendência genética à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa.⁵³

Essa ação (de investigação de paternidade), pelo que ensina Márcia Cristina Ananias NEVES, tem essa designação porque “no decorrer do processo serão ouvida as partes, testemunhas, serão produzidas as provas para que, ao final, o filho tenha o reconhecimento coercitivo do pai.”⁵⁴

Assevera Carlos Roberto GONÇALVES que “o filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, de natureza declaratória e imprescritível (ação de estado)”.⁵⁵

Como apontado por José Luiz Mônaco da SILVA, atualmente a ação de investigação de paternidade é imprescritível, mas o mesmo não era aceito pelos doutrinadores mais antigos como Clóvis Beviláqua, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Carlos Maximiliano e Philadelpho Azevedo, que entendiam se tratar de ação sujeita sim à prescrição. Hoje a súmula 149 ⁵⁶do STF dirimiu a eventual dúvida somada ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo caput do art. 27 diz: “o

52 DINIZ, Maria Helena. Op. cit.. p. 404.

53 ALMEIDA, Maria Christina de . **DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003., p. 71.

54 NEVES, Márcia Cristina Ananias. Op. cit. p. 862.

55 GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.97/98.

56 SUM/STF nº. 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”⁵⁷

O procedimento adotado será o ordinário e admite-se que o pedido seja cumulado com alimentos, ou com a petição de herança, que por sua vez é sujeita a prescrição, conforme a orientação sumulada do STF.

Há ainda que se dizer que o reconhecimento da paternidade produz efeitos *ex tunc* e assim retroagem à data do nascimento. A sentença terá efeito declaratório.

2.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA.

Quem detém legitimidade ativa para a ação de investigação de paternidade é o próprio filho, o Ministério Público e o nascituro.⁵⁸

Na opinião de Carlos Roberto GONÇALVES, “a legitimidade ativa é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo. Por isso, a ação é privativa dele”.⁵⁹

Porém, a Lei 8.560/1992 dá legitimidade ativa ao Ministério Público quando, no processo de averiguação oficiosa, o pai não contesta ou não responde à notificação em 30 dias, ou ainda quando este nega a paternidade.⁶⁰

Ainda quanto a este legitimado, José Luiz Mônaco da SILVA:

57 SILVA, José Luiz Mônaco da. Op. cit. 56/57.

58 VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p.305.

59 GONÇALVES, Carlos Alberto. Op. cit., p. 98.

60 VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 305.

O Ministério Público, por seu representante, também tem legitimidade ativa para ingressar com a ação de investigação de paternidade. Nem sempre o Ministério Público deteve tal legitimidade. Ele só passou a detê-la a partir do advento da Lei n. 8.560/92. Antes disso não havia legislação autorizando a propositura pelo *parquet*... Com a promulgação da lei n.8.560/92, a questão da legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação investigatória ficou definitivamente superada.⁶¹

Quem também detém a legitimidade ativa para a ação de investigação de paternidade é o nascituro. O conceito de nascituro, para Silvio RODRIGUES, seria o de um ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Anote-se que a lei não lhe concede personalidade, a qual só será conferida se nascer com vida.⁶²

A legitimidade deste último encontra respaldo legal no parágrafo único do art. 1609 do Código Civil e também pelo art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe lembrar que o ECA assimilou a idéia constitucional de não discriminação entre os filhos e reproduziu pelo seu art. 27 a possibilidade de ajuizamento da ação de investigação de paternidade sem qualquer restrição quanto à qualidade da filiação.

Quanto à legitimidade passiva, a ação de investigação de paternidade cabe contra a pessoa do pai, mãe ou herdeiros, para o reconhecimento da filiação.⁶³

Para Franklin Alves FELIPE, a investigação de paternidade funciona, em caso de negativa do pai em reconhecer a paternidade, para que a mãe busque a chancela da justiça e obtenha, forçosamente, o reconhecimento.⁶⁴

Para filhos havidos fora do casamento, o Código Civil de 1916 só permitia a investigação após a dissolução da sociedade conjugal.⁶⁵

61 SILVA, José Luiz Mônaco da. Op. cit., p. 35.

62 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974. V.1, p. 36.

63 VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 305.

64 FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação paternidade e concubinato**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 57.

65 GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 380.

Anteriormente não se admitia a investigação de paternidade em face de homens casados. Atualmente não importa se o suposto pai é ou não casado.

Lembra Carlos Roberto GONÇALVES que a “legitimidade passiva recai no suposto pai. Se este já for falecido, a ação deverá ser dirigida contra seus herdeiros”⁶⁶.

Para Silvio de Salvo VENOSA, o espólio não pode ter legitimidade passiva para ação de investigação de paternidade, somente seriam legitimados o pai ou seus herdeiros.⁶⁷

Na possibilidade de não haverem herdeiros conhecidos a ação será movida contra os eventuais incertos e desconhecidos através de citação por edital.

2.4 DAS PROVAS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Como se sabe, no direito processual moderno o juiz é o destinatário da prova (CPC – arts. 337, 342 e 437). Portanto, todas as provas a serem produzidas deverão ser endereçadas ao magistrado, que deverá apreciá-las e valorá-las. Este não estará restrito às mesmas, podendo decidir com base em elementos de sua convicção constantes dos autos e desde que sempre fundamente sua decisão. Há respaldo legal dessa situação no art. 335 e 436 do CPC.

O Código Processual Civil, no seu art. 332, estabelece que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificadas neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

66 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 99.

67 VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 305.

O Código Civil de 1916 desconhecia a força do exame no DNA justamente por ignorar a tecnologia para tanto. Diante disto, dispunha de regras que fossem capazes de apontar a paternidade de alguém com base apenas em presunções jurídicas, afetivas e biológicas (exames de sangue). Adotava-se a ficção legal do *pater est quem nuptia demonstrant*.

O antigo Código Civil, nos incisos I, II e III do art. 363, arrolava os motivos para a investigação.

O Código Civil vigente não prevê motivos para a investigação. Para fins de prova se admite a posse de estado de filho, a testemunhal, o exame prosopográfico, o exame de sangue e o exame no DNA. Admitem-se ainda todas as demais provas em direito admitidas, como cartas de amor, bilhetes e fotografias ou por outro meio que possa demonstrar que o investigado é realmente o pai.⁶⁸

Portanto, atualmente todas os meios de provas são admitidas nas ações em que se busca a verdadeira filiação de alguém, o que comporta a documental, testemunhal e pericial.⁶⁹

A referida posse de estado de filho ocorre quando o filho utiliza do sobrenome do pai, recebe tratamento de filho e se utiliza do vínculo pai e filho, perante a sociedade.⁷⁰

A testemunhal é aquela produzida em audiência de instrução e julgamento, consistente em reprodução oral prestada por terceiro que não faça parte da relação processual, e que trará aos autos fatos que possibilitem elucidar a lide.⁷¹

68 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.407/408.

69 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p.131.

70 DINIZ, Maria Helena. Op.cit.,p.407.

71 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit. p., 135.

No exame prosopográfico se contrapõe fotografias a fim de se constatar a semelhança, ou não, entre o investigado e o investigante. Esta não parece uma prova contundente.⁷²

O exame de sangue, também conhecido como sistema leucocitário ABO/HLA, é aquele que permite concluir, com 99% de certeza, a exclusão da paternidade na ocasião de o grupo sanguíneo do suposto filho ser diferente ou incompatível com o do investigado pai.⁷³ Entretanto, se forem grupos idênticos, não se poderá declarar a paternidade, mas tão somente a possibilidade. Este exame de sangue servirá então apenas para excluir a paternidade.⁷⁴

A prova mais robusta e confiável do vínculo biológico é o exame no DNA.

Na realização do exame estudam-se três pessoas. A ciência descobriu que herdamos material genético dos pais, metade de cada. Assim aponta-se como filho aquele que tem o DNA semelhante se comparado com o do pai investigado.⁷⁵

O sistema de marcadores de DNA indica com 99,9% de chance de acerto a exclusão e mais de 99% para a confirmação da paternidade. Assim, esta moderna perícia permite o magistrado decidir a lide com, praticamente, zero por cento de erro. Conclui José Aparecido CRUZ: “Portanto, a perícia firmada na realização dos testes hematológicos pelos sistemas HLA e DNA oferece segurança ao destinatário da prova (juiz), para, através dela e outras provas ou indícios constantes nos autos, estabelecer sua convicção de ser ou não o investigante filho do investigado.”⁷⁶

72 DINIZ, Maria Helena. Op.cit. p.,407.

73 CRUZ, José Aparecido. Op. cit. p.140.

74 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 409/410.

75 RASKIN, Salmo. **Manual prático de DNA para investigação de paternidade**. Curitiba, Juruá, 1999., p.14.

76 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit., p. 140.

Carlos Roberto GONÇALVES conclui que, “com o exame de DNA, é possível afirmar-se a paternidade com um grau praticamente absoluto de certeza.”⁷⁷

Com isso o exame no DNA tornou-se a “mais moderna conquista científica no campo da perícia hematológica”⁷⁸, como afirma Caio Mario da Silva PEREIRA.

Sabe-se que o exame no DNA poderá se realizar a partir de qualquer célula (tecido) do corpo humano, como fios de cabelo, medula óssea, pele e saliva.

Pode se utilizar do exame de DNA em outros ramos do direito, como no direito penal, em que se busca a autoria de determinado delito. Trata-se de um marco da engenharia genética do ser humano, porque demonstra todas as características do indivíduo.⁷⁹

2.5 DA NEGATIVA DO SUPOSTO PAI EM REALIZAR O EXAME NO DNA

Ninguém poderá ser obrigado a produzir provas contra si.

Cientes disto muitos investigados não se submetem à realização do exame no DNA, e disto resulta a presunção da paternidade.

Ocorre que, naquela concepção de homem médio e com base na experiência comum, cogita-se ao réu o porquê de perder a oportunidade de provar sua exclusão como pai biológico, já que uma pessoa de boa-fé e índole, correta e ética teria o maior interesse em esclarecer a questão.

Explica VENOSA:

77 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p.101.

78 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 223.

79 NEVES, Márcia Cristina Ananias. Op. cit., p.873.

O exame genético é, portanto, ônus processual da parte. O réu não tem obrigação, mas ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na existência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas no processo. Sob esses aspectos, o art. 231 do novo Código estipula que a negativa do agente em submeter-se a exame médico necessário não poderá ser aproveitada em seu favor. Ainda, o art. 232 acrescenta que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. De qualquer forma, nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade, da mesma forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório.⁸⁰

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o assunto pelo enunciado n.º301, o qual assenta que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

Há julgados que entendem que essa situação configura apenas indícios, outros que afirmam implicar confissão e a maioria que segue a orientação do STJ e induzem a presunção *juris tantum*. De qualquer forma, a interpretação é sempre desfavorável ao réu.

Para Maria Christina de ALMEIDA, “a recusa é por vezes, vista como uma “confissão ficta”, tal como acontece no direito inglês, acarretando ao suposto pai a perda do processo, com a conseqüente atribuição do vínculo paterno-filial, que não se pode dizer genético, mas sim jurídico.”⁸¹

Lembra, ainda, Carlos Roberto GONÇALVES que:

É necessário frisar que ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras do seu sangue para a realização da prova pericial. No entanto, a negativa do réu pode levar o juiz, a quem a prova é endereçada, a interpretá-la de forma desfavorável a este, máxime havendo outros elementos indiciários. A propósito, preceitua o art. 231 do Novo Código Civil “aquele que se nega a submeter-se ao exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”. Complementa o art. 232: “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que pretendia obter com o exame.”⁸²

80 VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 308.

81 ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit. p., 150.

82 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 90.

Este mesmo autor lembra de situações em que a mulher faz inseminação artificial. Esta não poderá negar que o filho ajuíze ação de investigação de paternidade, consoante art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. E ainda “se a mulher for casada e a inseminação feita sem a permissão do marido, pode este negar a paternidade”.⁸³

De qualquer modo há um embate de direitos. É a situação do investigante de ter o direito de conhecer sua ascendência genética como direito de personalidade do que decorre o princípio da dignidade humana *versus* os princípios fundamentais que envolvem o investigado como o da liberdade, a intimidade, a inviolabilidade do corpo e a inexigibilidade de produzir provas contra si mesmo.

83 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, v.2. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.117.

3 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

3.1 DOS CASOS EM QUE HÁ POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO JULGADO

Ciente da falibilidade e irresignação humana, previu o legislador a possibilidade de se rever alguma sentença através da ação rescisória no âmbito do direito civil e da revisão criminal no direito penal.

Muito embora possa a parte ter se utilizado de todos os meios de recursos previstos no ordenamento, deu-se a ela a oportunidade de, no prazo preclusivo de dois anos, contados da data do trânsito em julgado da questão, ajuizar ação rescisória a fim de discutir a decisão desfavorável. Nos termos do art. 495 do CPC, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

O inciso V do art. 485 do CPC traz a possibilidade de se rescindir sentença de mérito transitada em julgado quando viole literal disposição de lei. Ocorre que o vocábulo “lei” neste dispositivo não deve ser interpretado restritamente e sim de maneira abrangente, de modo a concluir que as normas constitucionais e infraconstitucionais, e principalmente os princípios gerais do direito, podem ser os violados que sirvam como objetos de fundamentação para a ação rescisória.

Já a revisão criminal é ato exclusivo da defesa e tem cabimento a qualquer tempo, desde que haja elementos que possam desfazer a coisa julgada. O baseamento desta revisão reside na possibilidade de se fazer uma pessoa pagar indevidamente com a liberdade quando há fatos que comprovem a desnecessidade desta medida extrema.

Essas hipóteses de revisão das decisões transitadas em julgado não são incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

Como bem aponta Alexandre de MORAES:

Ressalte que a possibilidade de previsão no ordenamento jurídico de revisão criminal ou ação rescisória não é incompatível com a Constituição Federal, uma vez que devem existir instrumentos de controle da sentença judicial transitada em julgado, quando essa apresentar graves vícios, perturbadores da ordem jurídica.⁸⁴

Outra hipótese legal é trazida pelo Código de Processo Civil no seu inciso I, art. 471. Maior parte da doutrina o considera como exceção da coisa julgada.

Trata este artigo das relações jurídicas continuativas. Nestas situações já houve decisão, mas em virtude de circunstâncias fáticas diversas das ocorridas na primeira ação, poderá haver a revisão do julgado. O inciso I pode ser exemplificado pela ação de alimentos, em que o juiz analisa o binômio necessidade – possibilidade e determina o pagamento, que será uma relação continuativa. Havendo alteração no binômio (a desnecessidade do alimentado em receber a prestação por haver ganhado na loteria, por exemplo) poderá dar ensejo à revisão do julgado.

Explica bem Sérgio Gilberto PORTO:

Os incisos I e II, em sentido contrário, por exceção, estabelece as hipóteses em que as decisões podem sofrer adequações, mas não em desrespeito à preclusão que se operou, e sim, exatamente, em face da natureza jurídica do direito posto em causa, pois este não sofre regulação eterna com a decisão final da lide.⁸⁵

Este autor afirma que, inicialmente, havendo decisão sobre uma relação jurídica continuativa, haverá preclusão e coisa julgada. Mas, no decorrer do raciocínio, pelas modificações supervenientes, em última análise, não se trata de ofensa à coisa julgada,

84 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ªed. rev. e atual. até a EC 52/06. São Paulo: Atlas, 2006. p. 301.

85 PORTO, Sérgio Gilberto. Op. cit. p.,207.

porque, na sua visão, por haver uma nova circunstância diferente daquela do momento da sentença, é imperativa a nova decisão.⁸⁶ E conclui:

o juiz se pronuncia sobre os fatos passados e não sobre fatos ou situações futuras, daí a perfeita aplicabilidade da cláusula rebus sic stantibus, eis que esta permite exatamente a manutenção da situação originária, se mantidas as condições idênticas ao tempo da avença, alteradas aquelas, passível de alteração a situação anteriormente regulada.⁸⁷

Grandes juristas prestigiam a relativização da coisa julgada em casos especiais consistentes naqueles em que haja embate entre o princípio da segurança jurídica e a justiça das decisões..

Outros entendem, que ao ferir o instituto da coisa julgada, estaríamos atentos apenas ao direito material da questão, porquanto a verdade buscada é utopia processual e faz com que se estremeça a segurança jurídica desejada pelo instituto atacado, o que culminaria no caos social.

Nas palavras de Luiz Guilherme MARINONI: “não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei possa ser vista como um adequado fundamento para que o se pretende ver como “relativização” da coisa julgada”.⁸⁸

Não poderiam faltar as ações de investigação de paternidade. Trata-se de hipótese concreta de relativização do caso julgado.

Sabe-se que a tecnologia apresentada nos itens 2.4 e 2.5 deste trabalho, qual seja, o exame no DNA, surgiu há pouco tempo. Ocorre que as investigações de paternidade datam de muito antes do aparecimento da nova perícia. Sendo assim,

86 Idem.

87 Ibidem.

88 MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização “ da coisa julgada material.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>> Acesso em: 05 de junho de 2008.

grande parte da doutrina entende ser possível a revisão do julgamento quando houver uma prova robusta, como o DNA, que possa alterar a decisão em busca da verdadeira justiça.

Em 1991 já se percebia que a novidade pericial seria um precioso meio para as ações de investigação de paternidade. “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e de dinheiro”⁸⁹.

A mesma compreensão se percebe de outros julgados dos anos 90:

A paternidade, como um direito indisponível que é, inerente à personalidade civil, deve ser investigada da forma mais abrangente possível. Diante da fragilidade da prova oral, não restando excluída a paternidade pelo exame hematológico e não demonstrada a *exceptum plurium concubentium*, se afigura imprescindível a realização do exame de DNA para o esclarecimento da verdade. O mister do juiz não é simplesmente o decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito, para tanto incursionando diligências até extraordinárias, subsidiárias, se necessário.⁹⁰

A perícia do DNA (sistema de determinação de sequência de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), é reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai.⁹¹

Contudo, na possibilidade de revisão de qualquer caso julgado convém sempre se pautar nos pressupostos de interpretação das normas e princípios constitucionais.

Maior parte da doutrina e jurisprudência – que entendem haver possibilidade de relativização da *res iudicata* em ações de investigação de paternidade – só a admite em

89 Ac. 1ª Câmara Cível. TJSC – Ap. Civ. n.º36.643 – Anchieta – rel. Des. Napoleão Amarante – Pub. DJSC de 27/09/91.

90 Ac. 45096. TJSC. Rel. Des. Carlos Prudência, DJSC 17/04/95.

91 Ac. 48433. TJSC. Rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJE 9244 de 30/05/95, p.09.

casos de sentença sem resolução de mérito. Por exemplo naquelas em que não se pode definir a paternidade por insuficiência de provas.

Corrente minoritária entende que poderá haver relativização da coisa julgada em sentenças em que se declarou que o autor não é filho do réu e após veio um resultado de exame no DNA que desmentia tal declaração.

Ambos entendimentos caracterizam a possibilidade de relativização como situação excepcionalíssima, pois a regra é que o instituto da coisa julgada seja respeitado, só se admitindo a mitigação em casos extremos. Não se admite em nenhum caso a banalização do instituto insculpido no texto maior.

3.2 EXAME NO DNA E COISA JULGADA.

Dados os conceitos de coisa julgada e suas peculiaridades, devemos agora abordar a possibilidade de se rever um caso julgado de investigação de paternidade ante a nova prova pericial.

Como já comentado, somente se admite a revisão do julgado quando flagrante situação de violação direta ou indireta a valores constitucionais. Ou seja, somente em ocasiões extremas e considerando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

As sentenças atacadas ante a nova prova pericial do DNA não precisarão ser nulas ou invalidas e assim estar necessariamente contagiadas por vícios de natureza formal no que diz respeito a existência ou validade de processo ou sentença. Podem

simplesmente serem de conteúdo injusto e conflitante com as normas do ordenamento jurídico constitucional.

Cláudia Belloti MOURA e Vitor Hugo OLTRAMARI asseveram:

A atuação da vontade da lei e o interesse de toda a sociedade na composição dos conflitos não podem suplantam o interesse de um menor em identificar os seus vínculos familiares: são esses interesses que, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, não se podendo impedir o livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação em face da temporária impossibilidade probatória ou, até da negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento.⁹²

A Lei Maior da República assegura, como dever do Estado, a proteção e convivência familiar para as crianças. Dever repetido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que ainda certifica que o direito personalíssimo de reconhecer o estado de filiação é indisponível e imprescritível.

A Lei 8.069/90 prevê como direito personalíssimo da criança o conhecimento de sua ascendência genética. O art. 27 desta lei diz: “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.”

Este direito foi trazido ao Estatuto da Criança e do Adolescente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa. Este é o princípio norteador de qualquer interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado (do investigado) inculpada no art.5º da mesma Carta está a proteção à coisa julgada e também à liberdade, à intimidade, à inviolabilidade do corpo e à inexigibilidade de produzir provas contra si mesmo.

92 MOURA, Cláudia Belloti, OLTRAMARI, Vitor Hugo. Op. cit. p. 85.

A matéria envolve um embate de princípios constitucionais. A esse respeito

Claudia Belloti MOURA e Vitor Hugo OLTRAMARI:

(...) a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do ordenamento jurídico pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais demonstrando claramente a intenção do constituinte em outorgar aos princípios a qualidade de normas fundamentais e embasadoras de toda a Constituição. Todos os princípios são válidos, todos têm a mesma hierarquia, conseqüentemente nenhum pode ser excluído, afinal, é na ponderação entre os princípios que se encontrará a resposta aos casos concretos: por isso, é necessário que haja uma convivência harmônica entre os princípios.⁹³

Para Maria Helena DINIZ deve se admitir a revisão da coisa julgada em investigação de paternidade, “em casos de provas insuficientes produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência probatória.”⁹⁴

Pondera o magistrado Franklin Alves FELIPE em casos de extinção de ação investigatória por falta de provas:

A matéria é complexa. Não deixa de ser sumamente injusto que alguém que não tenha logrado provar a paternidade porque, à época do ajuizamento da ação, não existiam os atuais recursos técnicos disponíveis ao julgador, não possa ver reconhecida a sua filiação, à luz dos mais recentes meios probatórios científicos. Por outro lado a estabilidade das relações jurídicas é circunstância que devem ser pesada, na avaliação criteriosa dessa questão.⁹⁵

Haverá conflito de princípios de uma maneira ou outra. Mister é saber quando poderá haver essa situação de embates principiológicos.

Nos casos em que há sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por ser insuficientes as provas colhidas, em especial pela falta do exame no DNA, não fará coisa julgada material, o que ensejaria a possibilidade da relativização da coisa julgada.

93 MOURA, Claudia Bellotti. OLTRAMARI, Vitor Hugo. Op. cit. p. 84.

94 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 415.

95 FELIPE, J. Franklin Alves. Op. cit. p.58/59.

Em casos em que se reconheceu a paternidade, a maior parte da doutrina entende que não pode o investigante intentar nova ação. Isso se justifica pois que “não é possível repetir o pedido à jurisdição em face do comando e autoridade da coisa julgada material, que deve prevalecer entre os sujeitos da relação processual (autor e réu).”⁹⁶

Entendimento minoritário capitaneado por Luiz Guilherme MARINONI entende que poderá haver a revisão do julgado mesmo em situações em que se houve resolução de mérito, como nas sentenças que declaram que o autor não é filho do réu.

Este autor ainda traça três princípios a serem atendidos na hipótese de relativização da coisa julgada. São eles: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. Neste último só se verá sentido em alguma decisão quando esta alcançar a justiça esperada. O da legalidade lembra que o Estado tem obrigação de obedecer aos limites da lei, assim haveria situações que não se poderia conferir a proteção da coisa julgada a sentença que esteja contra o direito positivo. A proporcionalidade se traduz na explicação de não haver hierarquia entre os princípios constitucionais e por isso a coisa julgada não terá privilégio em relação a qualquer outro princípio constitucional. Neste caso deveria se valer das interpretações e no sopesar dos princípios no caso concreto. “Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho”⁹⁷

96 CRUZ, José Aparecido da. Op. cit. p. 165.

97 MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização “ da coisa julgada material.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>> Acesso em: 05 de junho de 2008.

Opinião semelhante de MOURA e OLTRAMANI, que asseveram que haverá “o conflito de interesses, quando um só pode ser satisfeito à custa de um outro. Necessário, portanto, o estabelecimento de uma hierarquia de valores, ou seja, averiguação de quais interesses humanos são mais valorizados o que outros”⁹⁸

De qualquer forma, se optarmos em tutelar indistintamente o instituto da coisa julgada estaríamos pondo em risco o direito à dignidade da pessoa em reconhecer sua ascendência genética. De outro lado, a rediscussão da coisa julgada poderá ferir a segurança garantida ao próprio instituto. Assim o conflito de direitos fundamentais deve ser entendido como conflito de princípios constitucionais em que a solução é a ponderação no caso concreto.

Parece que o mais sensato é reconhecer maior peso a dignidade da pessoa do que a segurança da coisa julgada. Também por essa ser, em última análise, uma “falsa” segurança, já que não traduz a justiça esperada pelos jurisdicionados.

Emblemático o comentário de NICOLAU JÚNIOR a um caso ocorrido há cerca de 10 anos. Ajuizada a ação de investigação de paternidade em que o julgamento foi a declaração de pedido procedente ao investigante. Decorrido certo tempo entraram com ação rescisória, porém esta não pôde ser conhecida pela falta de certidão de trânsito em julgado da sentença. Depois de acionada uma negatória de paternidade com a realização de exame no DNA, descobriu-se que o suposto pai não era o pai biológico do investigante.⁹⁹

98 MOURA, Claudia Bellotti. OLTRAMARI, Vitor Hugo. Op. cit. p. 83.

99 NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Negatória de paternidade e coisa julgada. **Revista brasileira de direito de família**, n. 21, p. 113-159, dez/jan. 2004. p. 113.

Mais plausível também é a tese dos que afirmam que a rediscussão da coisa julgada somente deveria ocorrer em situações em que a paternidade não foi declarada por insuficiência de provas. Até porque nas ações em que o pedido foi julgado improcedente pela negativa de paternidade através de laudo pericial, não há razão para rediscutir a matéria. O mesmo ocorre em situações em que já se declarou a paternidade de alguém.

Maria Christina de ALMEIDA faz referência a um trecho do acórdão do Recurso Especial 226.436-Pr, de 28 de junho de 2001 em que relatou o Ministro Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA:

A uma porque na primeira ação de investigação de paternidade não foi expressamente excluída a paternidade do recorrido. Ao contrário restou registrado que não havia indícios suficientes a caracterizar a paternidade como sua negativa. Com efeito, no caso, diante da precariedade da prova, não houve certeza jurídica na primitiva ação de investigação, a respeito da exclusão da paternidade imputada ao investigado, tendo a decisão se limitado a afirmar que a prova era insuficiente e que a melhor solução seria a improcedência do pedido. Em outras palavras, inexistia na hipótese, real decisão de mérito excluindo a paternidade do investigante. A duas, porque, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito. A três, porque todo progresso da ciência jurídica em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, portanto, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. A quarto porque o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se mantendo-se impotente em face a uma realidade mais palpitante à qual o novo Direito de Família prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.¹⁰⁰

Os Tribunais do País já vêm demonstrando a tendência em rejeitar a forma em virtude da realidade:

A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas.¹⁰¹

100 ALMEIDA, Maria Christina, Op. cit., p. 173/174.

101 TJDF, AI nº2445/6-7/98, rel. Des. Valter Xavier, julgado em 12/04/99, Revista Brasileira de

A questão da paternidade é da mais alta relevância jurídica, integrando os direitos de personalidade, constitucionalmente assegurados, não se podendo, nos dias atuais, com a liberação dos costumes e o avanço da engenharia genética, denegar-se a busca da verdade biológica da filiação, que interessa tanto ao filho quanto ao indigitado pai, sujeitando-se a forte temperamento, por seu anacronismo, a aplicação da norma prescricional do art. 178, parágrafo 3º do Código Civil.¹⁰²

Tendo a autora, sua mãe e o réu se submetido, depois do julgamento, a exame pelo método do DNA, que não foi realizado no processo, e tendo o laudo pericial apontado a execução da paternidade, procede a pretensão da autora ver rescindido o acórdão, pois inexistente liame biológico, havendo claro erro de fato que foi demonstrado pelo documento novo.¹⁰³

Para ratificar a possibilidade de relativização da coisa julgada podemos citar o 4º Mandamento do Advogado formulado por Eduardo COUTURE que diz: “LUTA – Teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.

CONCLUSÃO

Direito de Família, nº33, 1999, p.107
102 TJGO, AC nº47614-9/188, rel. Des. Itaney Francisco Campos, DJ 23/02/1999, p.32.
103 TJRS, AR nº598.508.794, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 29/03/1999.

Quanto a coisa julgada, seus desdobramentos, limites e fundamentos não há maiores divergências nas opiniões dos operadores do direito, o mesmo ocorre para os elaboradores deste trabalho.

Correta é a novidade trazida expressamente pela Constituição quando desincentiva a discriminação entre os filhos, quaisquer que sejam suas origens. Este dispositivo respeita o ordenamento e o sistema principiológico do nosso País.

O surgimento do exame no DNA no mundo jurídico foi bem perturbado, porém, a polêmica ao seu redor ainda não cessou.

Como vimos, na ação de investigação de paternidade pode acontecer de o investigado se negar a realizar o exame de DNA. Aqui a primeira colisão entre direitos fundamentais. Eis o embate: de um lado a liberdade do cidadão em não realizar o exame e com isso constituir prova contra si mesmo, e de outro, o direito do investigante em conhecer sua ascendência genética, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa.

Considere-se, porém que o direito das pessoas em ter acesso ao conhecimento ancestral deve prevalecer em detrimento ao capricho, ou receio, dos investigados em não realizarem os exames necessários. Isso porque a base de todo ordenamento jurídico é a dignidade do ser humano. Por isso a presunção *juris tantum* para aqueles que se negam a realizar o exame a fim de que sejam considerados pais até prova em contrário. Tal presunção decorre de lei para casos como este.

O grande conflito entre direitos fundamentais deste estudo é a proteção da coisa julgada, sob a égide do princípio da segurança jurídica *versus* o princípio da dignidade

da pessoa combinado com o da justiça, o que possibilitaria a relativização daquele instituto em casos de investigação de paternidade.

Por tudo que estudamos, parece-nos aceitável a possibilidade de se rever uma decisão que impôs o fim do processo por ausência de provas, ao passo que deverá ser preservada aquela que julgar procedente a ação.

Com base neste entendimento, cabe ao legislador encerrar de uma vez a discussão sobre quais casos se poderia revisar o julgado, aproveitando esta ocasião para implementar normas que também digam respeito à obrigatoriedade da submissão ao exame no DNA, a exemplo do que ocorre em muitas unidades federativas norte-americanas e também no Canadá.

Para solucionar aquele conflito, conclui-se que, ao sopesar princípios, deve prevalecer o direito do filho em conhecer sua ascendência genética sobre o direito do investigado de não se submeter ao exame, pois neste caso a ponderação aponta a prevalência do consagrado princípio da dignidade da pessoa.

Da mesma forma, para tomarmos partido do último conflito, entendemos que, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa e da justiça são os basilares do ordenamento jurídico, não nos resta outra alternativa senão nos convenceremos da possibilidade de se relativizar o instituto da coisa julgada, em ações de investigação de paternidade em que não houve resolução do mérito por insuficiência de provas, em detrimento a “falsa” segurança jurídica defendida pela corrente contrária.

Cumprido deixar bem cristalino que se trata de situação extrema, pois que em (quase) todo caso se deve respeito a coisa julgada, sob pena de se banalizar um importantíssimo instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1950. V. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004. V.2.

BOSCARO, Márcio Antonio. Direito de Filiação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ, José Aparecido da. Averiguação e investigação de paternidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Declaração e investigação de paternidade. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. V.5.

FACHIN, Luiz Edson. (coordenador) Averiguação e investigação de paternidade extramatrimonial – Comentários a lei n.º8.560/92. Curitiba, Gênese, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FELIPE, J. Franklin Alves. Adoção, guarda, investigação paternidade e concubinato. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito de Família. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família, v.2. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAUAND DE PAULA, Tatiana Wagner. Adoção à Brasileira: Registro de filho alheio em nome próprio. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença, 2ª ed., Rio de Janeiro: forense, 1981.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003. V16.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização “ da coisa julgada material. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>> Acesso em: 05 de

junho de 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 1970. V.2.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6ªed. rev. e atual. até a EC 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Cláudia Bellotti, OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. Revista brasileira de direito de família, n27, p.72-95, jan./jun. 2000.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. Vademecum do direito de família à luz do novo código civil. São Paulo: Jurídica Brasileira,2003.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Paternidade e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2006.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Negatória de paternidade e coisa julgada. Revista brasileira de direito de família, n. 21, p. 113-159, dez/jan. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. V.5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C., Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, Rio de Janeiro: forense, 1974.

PORTO, Sérgio Gilberto. Comentários ao Código de Processo Civil, V.6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RASKIN, Salmo. Manual prático de DNA para investigação de paternidade. Curitiba, Juruá, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974. V.1.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. V.6.

SILVA, José Luiz Mônaco da. Reconhecimento de paternidade. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

SILVA, Ovídio ^a Baptista. Sentença e coisa julgada. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil.3ªed., São Paulo:Atlas, 2003, V.5

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.