



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
AGOSTINHO ALMEIDA DE SOUSA**

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

**Sousa | PB**

**2015**

**AGOSTINHO ALMEIDA DE SOUSA**

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

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

**Sousa | PB**

**2015**

**AGOSTINHO ALMEIDA DE SOUSA**

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

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

Data de aprovação: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**BANCA EXAMINADORA:**

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Examinador (a)

Examinador (a)

Ao Deus todo poderoso, por me dar a força necessária para conseguir alcançar meus objetivos, e à minha família por acreditar na minha capacidade de superar os obstáculos e me incentivar nos momentos difíceis.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Deus único, soberano e poderoso, por está todo o tempo comigo, me ajudando, dando a força necessária para nos momentos difíceis manter o equilíbrio e conseguir perseverar. Por seu amor que excede meu entendimento!

Ao Senhor Jesus, pela alegria da salvação, por me fazer compreender seu sacrifício, a Ele a honra e glória!

Ao Espírito Santo consolador, que nos momentos em que não tenho forças intercede em meu lugar e me ajuda. Por sua glória inaudita!

Aos meus pais, Antônio Almeida de Sousa e Maria do Bom Sucesso Almeida de Sousa, pelos princípios ensinados, por acreditarem que poderia chegar até aqui, por durante todo este tempo, compartilharem comigo dos mais diversos sentimentos, sempre me dando forças e me compreendendo nos momentos difíceis, muito mais do que espectadores, eles fizeram parte e foram fundamentais para que eu pudesse lograr êxito nesta jornada. Acreditando que seria possível, mesmo quando as coisas pareciam difíceis.

A todos meus familiares, especialmente a minha irmã Joana D'arc que sempre torceu por mim.

A minha orientadora, Professora Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela sua disponibilidade, dedicação, apoio e compreensão ao longo da construção deste trabalho, me dando suporte necessário para o êxito do mesmo.

Aos meus professores, que, ao longo de toda graduação, sob as duras penas do magistério, repassaram os seus conhecimentos e colaboraram na minha formação acadêmica, me dando a oportunidade de alcançar vitórias jamais imaginadas.

Aos meus colegas e amigos de sala pelo apoio recebido e pelos bons e inesquecíveis momentos vividos, prosperidade a todos.

Enfim, a todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para que eu chegasse à conclusão deste trabalho.

“Logo, a lei é contra as promessas de Deus? De nenhuma sorte; porque, se fosse dada uma lei que pudesse vivificar, a justiça, na verdade, teria sido pela lei.”

**Gálatas 3.21.**

## RESUMO

A relativização da coisa julgada, teoria defendida inicialmente no Brasil por José Augusto Delgado consiste em apanhar uma decisão judicial inquestionável, ou seja, uma decisão de que não caiba mais recurso ou qualquer outro instrumento de revisão e voltar a apreciá-la. Na prática, a relativização corresponde à ampliação das hipóteses de revisão da coisa julgada. O presente trabalho tem por finalidade analisar a tese da relativização da coisa julgada na investigação de paternidade para as ações que tiveram seu trânsito em julgado sem a realização do exame de DNA, que se mostra prova muito eficaz nesta determinação, dando um grau de certeza superior a 99%. Para a consecução deste fim, foi empregado como método de abordagem o dedutivo e como métodos de procedimento o histórico e comparativo, o exegético-jurídico e o Hermenêutico, sendo a pesquisa subsidiada pelo exame de documentação indireta, nomeadamente por meio da pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, artigos científicos e revistas. Neste estudo se traz uma análise histórica do instituto da filiação para que se possa compreender sua evolução normativa, sobretudo quanto ao reconhecimento dos filhos, bem como a análise da coisa julgada, instituto com previsão constitucional que se fundamenta no princípio da segurança jurídica, onde toda ação deve ter um ponto final para que as demandas não se tornem tão longas de forma que não se alcance o fim da justiça que é a solução dos conflitos. Contrapondo-se a esta ideia na ação de investigação de paternidade se propõe a relativização da ação que não se submeteu ao exame de DNA, baseando-se nos princípios da busca pela verdade real e da dignidade da pessoa humana, para buscar a solução deste conflito entre princípios constitucionais, se utilizará os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A tese apesar de não ser normatizada, atualmente encontra respaldo para sua aplicação tanto na doutrina como na jurisprudência.

**Palavras-chave:** Filiação. Coisa Julgada. Investigação de Paternidade. Relativização da Coisa Julgada.

## ABSTRACT

The relativization of *res judicata*, theory initially held in Brazil by José Augusto Delgado, consists in taking an unquestionable judicial decision, in other words, a decision that is not possible to file any appeal or other revision instrument, and re-appreciate it. In fact, the relativization means to expand the chances of *res judicata* review. This study aims to analyze the relativization of *res judicata* thesis in paternity investigation for the actions that had a sentence transited in *rem judicatum* without performing the DNA test, which proves itself very effective in this determination, giving a certainty degree above 99%. To achieve this goal, was employed the deductive approach method, the historical and comparative as a procedure method, and legal exegetical and hermeneutic, being the research subsidized by indirect documentation examination, through bibliographic search using books, dissertations, papers and magazines. This study provides a historical analysis of filiation Institute to be able to understand its normative developments, especially regarding to the children recognition, as well as the *res judicata* analysis. This one is a constitutional provision based on legal certainty principle, in which all cause must have an end, so the demands do not become so long that it is not possible to reach justice, the conflict solution. Opposing this idea in the paternity investigation cause, is proposed relativization of the cause that did not submit to DNA testing, based on real truth search and human dignity principles, to seek the conflict solution among constitutional principles, using reasonableness and proportionality principles. The thesis, although not legislated, currently finds support for its application in both doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Filiation. *Res judicata*. Paternity investigation. Relativization of *res judicata*.

## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>CC/02</b>	Código Civil de 2002
<b>CC/16</b>	Código Civil de 1916
<b>CDC</b>	Código de Defesa do Consumidor
<b>CF/88</b>	Constituição Federal de 1988
<b>CFM</b>	Conselho Federal de Medicina
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>DJ</b>	Diário do Judiciário
<b>DNA</b>	Ácido Desoxirribonucleico
<b>ECA</b>	Estatuto da Criança e do Adolescente
<b>FIV</b>	Fertilização in Vitro
<b>HLA</b>	Antígeno Leucocitário Humano
<b>LINDB</b>	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
<b>NCPC</b>	Novo Código de Processo Civil
<b>RESP</b>	Recurso Especial
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>TJ</b>	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 FILIAÇÃO E SEUS ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS</b> .....	14
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO NO BRASIL .....	14
2.2 NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE FILIAÇÃO E SEU CONCEITO .....	20
2.3 DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE VÍNCULO FILIATÓRIO .....	22
2.4 POSSE DO ESTADO DE FILHO.....	30
<b>3 DO INSTITUTO DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO</b> .....	32
3.1 NOÇÕES, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA .....	32
3.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.....	35
3.3 DOS LIMITES DA COISA JULGADA .....	37
3.3.1 Limites objetivos da coisa julgada .....	38
3.3.2 Limites subjetivos da coisa julgada .....	41
3.4 EFEITOS DA COISA JULGADA.....	43
3.5 INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA .....	46
<b>4 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA</b> .....	48
4.1 DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE .....	48
4.2 ANÁLISE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	51
4.2.1 Posicionamento doutrinário sobre a relativização da coisa julgada.....	51
4.3 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SOLUÇÃO ADEQUADA APLICÁVEL AO CASO .....	54
4.4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	60
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	67

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente há que se conceituar a coisa julgada como sendo a qualificação atribuída a uma sentença judicial contra a qual não será mais admitida a interposição de recursos, tornando-se, a partir de então, imutável e indiscutível.

A relativização da coisa julgada consiste na submissão de uma decisão judicial com trânsito em julgado a uma nova análise perante órgão jurisdicional, retirando o seu caráter absoluto, a fim de obter um novo provimento, diferente daquele inicialmente considerado imutável.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma hipótese legal de reforma de uma decisão judicial que transitou em julgado, trata-se da ação rescisória. Tem-se então que esta ação seria uma solução em último caso para conseguir reformar um litígio que após o seu trânsito em julgado tenha ocorrido alguma modificação de situação que se enquadraria nas hipóteses legais para interpor tal ação.

Uma peculiaridade desta ação está relacionada à existência de um lapso temporal determinado do qual dispõe o legitimado para ajuizá-la, sendo este prazo de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Constitui-se a problemática posta nesta pesquisa à análise da utilização do exame de DNA como meio de prova preponderante a determinar o convencimento do magistrado na decisão judicial em sede de investigação de paternidade. Quando já esgotado o prazo de interposição da ação rescisória e não se teve oportunidade de fazê-lo durante o processo, visto que na época em que foi encerrada a ação não se tinha a disponibilidade de realização do exame.

Sobreleva-se tal importância, principalmente, em virtude do princípio da verdade real na busca do vínculo paterno, quando a matéria volta-se às decisões judiciais que já obtiveram o seu trânsito em julgado e que se valeram de meios de prova, hoje, questionáveis, em face da precisão do exame de DNA em determinar a paternidade.

Este trabalho justifica-se pela necessidade de uma análise de qual a extensão da coisa julgada e até que ponto ela será intangível no ordenamento jurídico, e como se resolver o conflito entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana no que tange ao direito do reconhecimento da paternidade e da segurança jurídica no que implica em revisar uma decisão já transitada em julgado.

Assim, impõe-se a premissa de que o presente trabalho certamente contribuirá para o esclarecimento deste conflito de princípios constitucionais, buscando uma solução plausível para as demandas findas que não tiveram a oportunidade de contar com o exame de DNA que foi desenvolvido pelo geneticista britânico Alec John Jeffreys em 1985 e que trouxe grande desenvolvimento para ciência forense visto que com o exame de DNA se aperfeiçoou o trabalho investigativo policial bem como na solução de casos de investigação de paternidade. Tendo início no Brasil apenas em meados da década de 90.

A pesquisa terá como objetivo geral descobrir se a coisa julgada na investigação de paternidade pode ser mitigada com advento de prova que traga maior robustez e certeza à decisão do magistrado. Como objetivos específicos se proporão a: expor a Relativização da Coisa Julgada na Investigação de Paternidade, de modo a consignar seus principais postulados e características; analisar a presença e legitimidade da Relativização da Coisa Julgada na Investigação de Paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, com incursão nos princípios constitucionais e no processo civil e examinar o posicionamento jurisprudencial atual sobre o tema, para poder-se aferir sua relevância no direito brasileiro atual.

Com vistas à consecução dos objetivos delineados, como método de abordagem será manejado o método dedutivo partindo-se de uma análise geral quanto ao reconhecimento de paternidade, para inferir-se na análise da situação específica de que, se é possível relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade para submetê-las ao exame de DNA, ante o conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Como métodos de procedimento se utilizarão o histórico e o comparativo, pois se iniciará com a evolução do instituto da filiação no ordenamento jurídico pátrio, comparando as legislações, até se alcançar os mais novos entendimentos quanto o reconhecimento de filhos. A técnica de pesquisa adotada será a documentação indireta, nomeadamente por meio da pesquisa bibliográfica em livros da literatura jurídica nacional, dissertações, artigos científicos e entendimentos jurisprudenciais dos tribunais.

O trabalho será estruturado em três partes. Na primeira se abordará o conceito de filiação, analisando a evolução ocorrida ao longo dos anos, principalmente quanto ao reconhecimento de filhos, se buscará elucidar o que seria o estado de filiação, através dos diversos vínculos filiatórios.

Na segunda parte de examinará o conceito de coisa julgada, trazendo seus efeitos, bem como, a noção do que é coisa julgada material e formal, fazendo uma análise de seus instrumentos de revisão, este trabalho se propará a trazer as recentes alterações legislativas no instituto da coisa julgada, para se adequar à realidade atual e que consequências advirão após a entrada em vigor das alterações.

Por fim na terceira parte se analisará a relativização da coisa julgada, tese defendida inicialmente por José Augusto Delgado ministro do STJ, em que se propõe o reexame de uma decisão meritória onde não se possa mais recorrer, nem revisá-la pela ação rescisória, para tanto se buscará os posicionamentos doutrinários, fazendo análise do conflito entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Embarcar-se-á ainda na relativização da coisa julgada na investigação de paternidade, buscando o entendimento dos tribunais superiores sobre o assunto, bem como as iminentes alterações legislativas que poderão afetar a temática aqui proposta.

## 2 FILIAÇÃO E SEUS ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

A filiação é o ponto de partida para o estudo a que se propõe o presente trabalho, uma vez que para se abordar toda problemática proposta, deve-se ter o entendimento inicial de conceitos e da história do instituto da filiação no ordenamento jurídico brasileiro. A compreensão do tema proposto na pesquisa requer uma abordagem do tema “filiação” a partir do antigo Código Civil, demonstrando sua evolução até o novo diploma de 2002.

Faz-se necessário também a exposição das diversas espécies e vínculos de filiação, na busca de uma compreensão de como atualmente é tratada a relação de filiação. Procurar-se-á neste capítulo analisar o vínculo biológico estabelecido através da consanguinidade, ligação que surge por conta da gestação.

Analisar-se-á também o vínculo afetivo, ligação esta que é estabelecida após o nascimento por pessoas que não constituem um liame biológico, mas se tornam familiares por conta dos laços estabelecidos através da convivência. Abordar-se-á a reprodução assistida uma vez que este método tem sido cada vez mais utilizado.

Por fim estudar-se-á também neste capítulo o sistema de presunções utilizado no antigo diploma civil e como é utilizado hoje ante o avanço científico e tecnológico, bem como se demonstrará o que é o estado de filiação. Para concluir o capítulo será abordada a chamada posse de estado de filho.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO NO BRASIL

São manifestas as mudanças ocorridas no tratamento conferido à filiação no decorrer dos anos, sobretudo em relação à legislação civil que vigeu até 2002, com ênfase especial para o tema “filiação” e suas classificações. Sabendo que o Código Civil de 1916 vigorou por mais de 80 anos, é notório também que a sociedade mudou ao longo desses anos e, deste modo, o legislador buscou adequar o ordenamento jurídico pátrio as novas realidades que surgiram.

A Constituição Federal de 1988 destacou-se nesta evolução, impulsionando-a até a chegada do novo Código Civil em 2002. Com advento deste novo Código

houve uma união de todas as mudanças que vinham sendo construídas até aquele momento.

Na lição de Venosa (2010, p. 224), “O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais”. Deste modo, a lei civil daquela época já se mostrava em descompasso com a realidade social.

Nos termos do Código Civil de 1916 existiam os filhos legítimos<sup>1</sup>, que eram aqueles concebidos na constância do casamento, e os ilegítimos<sup>2</sup>, que, nos termos do artigo 358 daquele Código, eram divididos em incestuosos e adulterinos.

A doutrina também produziu classificações para os filhos concebidos ou não na constância do casamento.

Segundo Queiroga apud Zeni (2009, p. 61-62), a respeito da classificação dos filhos:

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adulterinos e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais.(...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso.

Neste sentido, Dias (2011, p. 355) assevera que:

Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, o fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência.

A respeito desta divisão observa-se que o fator que legitimava o filho era o matrimônio, sabendo que os filhos incestuosos e adulterinos não podiam sequer ser

---

<sup>1</sup> Conforme prevê o art. 337, do CC/16, “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé”.

<sup>2</sup> Nos termos do art. 358, do CC/16, “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

reconhecidos nos termos do artigo 358, sendo revogado apenas em 1989 pela Lei 7.841/89.

Já os filhos naturais, que eram aqueles que não tinham sido gerados na constância de um casamento, porém seus genitores não estavam impedidos de casar, poderiam ser reconhecidos por seus pais, conjunta ou separadamente, nos termos do art.355 CC/16, estes filhos que eram legitimados passavam a ser equiparados aos filhos legítimos.

Quanto ao reconhecimento e a investigação de paternidade no antigo código, Zeni (2009, p. 65) faz a seguinte análise:

Ao filho detentor da presunção de legitimidade, que nada mais era do que o fato de ter nascido durante a constância de casamento válido, putativo ou anulável, ou de pessoas que faleceram na posse de estado de casadas, era dada a possibilidade de buscar seu reconhecimento como filho legítimo, mediante a ação de filiação.

Nos termos do art. 357 CC/16:

O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único).  
Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Observa-se que os filhos poderiam ser reconhecidos, voluntariamente ou por intermédio da via judicial, sendo este reconhecimento feito por meio da certidão de nascimento, escritura pública ou testamento, antes do nascimento ou suceder-se ao falecimento, caso deixasse algum descendente. No tocante aos filhos adulterinos ou incestuosos, Zeni (2009, p. 66) aponta que “[...] estes não poderiam ser reconhecidos. Se reconhecidos fossem, mediante ação de filiação, o ato tornava-se nulo a partir do momento da prova de que o filho era adulterino ou incestuoso”. Mostra-se clara a intenção do legislador em não conceder quaisquer direitos aos filhos de origem adulterina ou incestuosa, corroborando com o pensamento de Napoleão Bonaparte: “A sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos”.

Quanto à investigação de paternidade, a possibilidade de ingresso com ação para este intento estava vinculada à comprovação de alguma das hipóteses estabelecidas no art. 363 do CC/16:

Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Percebe-se que no caput já existia proibição do ingresso com essa ação dos filhos adulterinos ou incestuosos, uma vez que o CC/16 já trazia os casos de impedimentos matrimoniais ligados à relação entre parentes próximos e relacionamento adulterino em seu art. 183, I a VI:

Não podem casar (arts. 207 e 209):

I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil.

II. Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo.

III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376).

IV. Os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.

V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376).

VI. As pessoas casadas (art. 203).

Desta forma é inegável que os filhos eram penalizados pelas atitudes erradas de seus genitores.

Os incisos do art. 363 CC/16 traziam as hipóteses em que os filhos ilegítimos poderiam utilizar-se da justiça para conseguir o reconhecimento, sendo necessário o estado de concubinato, a combinação da data da concepção do filho com a data em que o pai investigado havia raptado ou mantido relações sexuais com a mãe, ou então a existência de algum escrito, em que o pai investigado atribuía a si a paternidade. Assim afirma Dias (2011, p. 355), sobre esta impossibilidade de reconhecimento:

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que a época era crime –, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor.

Estas normas começam a se tornar insustentáveis, visto que os filhos ilegítimos eram penalizados por serem gerados em uma relação adulterina ou

incestuosa, não tendo sequer direito a serem reconhecidos pelo seu genitor. Destarte em 1942 a legislação brasileira começa a dar sinais de que alteraria esta ordem, mesmo que discretamente, com a edição do Decreto Lei 4.737/42. A partir de então o ordenamento jurídico passou a admitir que os filhos havidos fora do casamento pudessem ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite.

Em 1949, com advento da Lei 883 de 21 de outubro deste mesmo ano, a legislação ordinária deu um grande salto em direção ao reconhecimento de direitos aos filhos havidos fora do casamento, pois além de permitir o reconhecimento destes após a dissolução da sociedade conjugal, ampliou esta possibilidade para que o reconhecimento pudesse ser feito durante a vigência do casamento, porém este reconhecimento deveria ser feito em testamento cerrado, sendo nesta parte irrevogável.

Nesse mesmo diploma legal passou-se a reconhecer o direito à herança dos filhos ilegítimos, que passaram a gozar de um patamar de igualdade com os filhos legítimos e os legitimados no ponto de vista econômico, adquirindo também direito a alimentos provisionais nas ações de investigação de paternidade. A nova lei ainda possuía traços conservadores, uma vez que, além de só permitir o reconhecimento na constância do casamento por testamento cerrado, nas ações de alimento o filho só poderia acionar o pai em segredo de justiça.

Em 1977 foi editada a Lei 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que regula a dissolução da sociedade conjugal. O seu art. 14, parágrafo único, afirma que: “Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”. Atribuiu assim direito aos filhos havidos de união nula ou anulável, independente da boa-fé dos nubentes.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 foi quem se responsabilizou por acabar de vez com qualquer distinção ou discriminação quanto à filiação, após cerca de 70 anos de vigência da ordem de filiação trazida pelo Código de 1916 em que havia distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. Na nova Carta Magna, mais precisamente em seu art. 227 § 6º assim dispõe: “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”.

Sendo assim não havia mais qualquer distinção com relação aos filhos, sejam eles adotivos, concebidos na constância de um casamento ou fora deste, possuindo

todos direitos iguais. Houve uma verdadeira mudança de paradigmas, conforme se depreende da lição de Dias (2011, p. 356):

Com esta mudança de paradigma, a regulamentação passou a ser do fato do nascimento. Se a concepção foi lícita ou não, se foi ética ou não, pouco importa. A filiação há que se estabelecer. Basta atentar que o filho incestuoso é filho.

Se finda aí o vencido modelo, em que o filho era penalizado pelo ato do genitor, consagrando-se, então, o princípio da igualdade na filiação que no ordenamento pátrio se enlaça com o princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando minorar as desigualdades existentes no ordenamento jurídico brasileiro com relação à filiação. Ao comentar sobre art. 227, §6º da CF/88, Farias; Rosenvald (2011, p. 559-560), assim afirmam:

[...] foi de clareza solar ao determinar a igualdade substancial entre os filhos, evitando qualquer conduta discriminatória, materializando, de certo modo, a dignidade da pessoa humana almejada como finalidade precípua da Republica Federativa do Brasil.

Sobre essa mudança de paradigma destaca-se o voto do Ministro Waldemar Zveiter falando sobre os novos rumos da filiação diante da nova realidade constitucional:

Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustam à modernidade. (STJ, Ac. 3.ª T., j. 3.4.90, RSTJ 40:236).

Em 1990 surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulando matérias pertinentes a estes, desde tópicos de natureza civil até os de natureza penal, sobretudo abordando temas relativos à adoção e filiação. Para tanto, o seu art. 27 assevera que 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.

Para o novo diploma a busca pelo reconhecimento é personalíssima do filho. “Originariamente tem legitimidade ativa para propor a ação o que alega ser filho e

extraordinariamente o Ministério Público”, traz a lição de Gagliano; Pamplona (2011, p. 621).

Assevera também o diploma que o alegante não pode dispor deste direito e mais, que não existe um prazo para que este venha interpor a ação. Em 1992 foi editada a lei que regulava a investigação de paternidade, é nesta lei que está previsto o exame de DNA como meio de prova para reconhecimento de paternidade, nela está prevista que o pai deve ser notificado sobre a investigação de paternidade<sup>3</sup>, independentemente de seu estado civil.

É importante também fazer menção ao art. 5º da Lei 8.560/92: “No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes”. Com o exame de DNA e a edição desta nova lei sem dúvidas houve um novo entendimento nos tribunais acerca da prova de filiação.

Com este artigo mais uma vez o legislador corrobora com o entendimento de que não há uma hierarquia ou distinção entre filhos e que todos devem possuir o mesmo tratamento.

## 2.2 NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE FILIAÇÃO E SEU CONCEITO

Após lição preliminar sobre a filiação, pode-se analisar o novo Código Civil e a legislação que veio posterior a ele, ampliando e consolidando as garantias aos filhos, bem como se aprofundar no conceito de filiação e as diversas espécies de vínculos de filiação.

Inicialmente cabe trazer o teor do art. 1.596 CC/02: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

---

<sup>3</sup> Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992).

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992).

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Optou assim o legislador por transcrever o mesmo conteúdo do art. 227 §6º da CF/88, mais uma vez colaborando para o entendimento de que não há distinção entre filhos.

Apontar um conceito para filiação diante de tantas transformações ocorridas ao longo dos anos talvez não seja uma tarefa fácil, tanto é, que Dias (2011, p. 356), ao se referir ao conceito prefere nomear um tópico de sua obra como “tentativa conceitual”, tamanha a dificuldade em se estabelecer um conceito.

Alguns autores se arriscam a tentar chegar a um conceito para este instituto, para Venosa (2010, p. 229), “[...] trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas. Esse estado pode decorrer de um vínculo biológico ou não, como na adoção e na inseminação artificial heteróloga autorizada pelo pai”.

Observa-se que como ensina Venosa, o vínculo biológico não é o único capaz de se levar a filiação, é certo que já existia o instituto da adoção no antigo código, porém com o progresso da ciência, se avançou também muito nos métodos conceptivos a exemplo da reprodução assistida. A evolução, contudo não foi apenas científica, mas também de pensamento, estabelecendo assim uma filiação afetiva, hoje a afetividade é um princípio norteador da filiação, sobre o tema comenta Lôbo (2003, p. 40-41a): “[...] não pode a origem genética ser determinante para a filiação. A relação de afeto que se constrói na convivência entre pais e filhos, sejam eles biológicos ou não, é o que importa para o direito brasileiro, na atualidade”.

Sobre o conceito de filiação, Farias; Rosenvald (2011, p. 564) trazem um ponto de vista técnico-jurídico:

A filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.

Esta conceituação apesar de se mostrar técnica, já conduz à ideia de que filiação não corresponde apenas à consanguinidade, uma vez que pode ser estabelecida não apenas pelo genitor, mas também pode ser instituída pelos que acolhem e se responsabilizam pela criação da criança.

## 2.3 DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE VÍNCULO FILIATÓRIO

Saindo da parte conceitual, e adentrando na classificação quanto ao vínculo de filiação, cabe inicialmente abrir um tópico para falar sobre o estado de filiação, dissertando sobre a presunção de paternidade, em seguida detalhar os critérios determinantes da filiação abrangendo o critério biológico, afetivo, abordando também acerca da reprodução assistida e desembocando na posse do estado de filho.

### a) Do estado de Filiação

Estado de filiação é algo que vai além da verdade biológica, ou seja, não se necessita de um exame laboratorial para se comprovar este estado, para melhor compreensão deste pensamento é oportuna à lição de Lôbo (2003, p. 153b), onde “o estado de filiação decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade”.

Estado de filiação é assim o estabelecimento de laços mútuos, independe da pessoa com quem este laço seja estabelecido, estando ligado diretamente à ideia de filiação afetiva. Certo é que existe a verdade biológica e que é direito de qualquer um a busca por sua ascendência, é correto também que o estado de filiação independe da origem biológica tanto é assim que a doutrina diferencia a busca da origem genética, da investigação de paternidade, na lição de Lôbo (2003, p. 153b), o autor afirma que: “Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica”.

Percebe-se que estado de filiação é muito mais amplo do que apenas atrela-lo a uma ideia científica onde se verifica se há ou não uma compatibilidade genética, estado de filiação tem uma capacidade de influência no indivíduo, não se conformando com nenhuma comprovação científica, ele é estabelecedor de laços de confiança, fraternidade e amor.

Ainda sobre o tema estado de filiação, Farias; Rosenvald (2011, p. 570) trazem a seguinte definição extraída de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“[...] o estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência a lei (arts. 1593, 1596 e 1597 do CC) ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar” (TJ/RS, Ac8ªCâm. Civ., ApCív. 70021308515 – comarca de Pelotas, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j.13.12.07, DJRS 11.01.08).

Passada a conceituação de estado de filiação para ingressar na seara do estabelecimento do vínculo paterno filial, Farias; Rosenvald (2011, p. 586) afirmam nesta lição a existência de três critérios para tal determinação:

Descortinam-se três diferentes critérios para determinação da filiação, a partir da combinação das suas distintas origens e características: i) o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; ii) o critério biológico, centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame DNA; iii) o critério sócio afetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas.

Cabe a informação de que entre esses critérios não existe qualquer hierarquia, podendo um prevalecer sobre o outro a depender do caso concreto, sobre o tema há decisão do TJ do Paraná trazida por Farias; Rosenvald (2011, p. 587):

[...] confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana... no confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada ‘adoção à brasileira’ (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor como se fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando – lhe todo histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular ‘adoção à brasileira’, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto”. (TJ/PR, ApCív. 108.417-9, rel. Des. Accacio Cambi, j. 12.12.01, DJPR 4.2.02).

Assim, a doutrina, bem como a jurisprudência, tem entendido que o mais importante não é se estabelecer hierarquia entre os critérios de filiação, mas

conceder dignidade à pessoa bem como estabelecer a justiça, independentemente de qual vínculo se origina a filiação.

**b) Da presunção legal**

O critério legal de determinação de filiação também é conhecido como a presunção *pater is est*, expressão derivada do latim “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias)”, de acordo com a lição de Farias; Rosenvald (2011, p. 588). Pela tradução fica fácil a compreensão de que o critério legal tem por base o casamento e que está diretamente ligado ao dever de fidelidade, ou seja, para o critério legal a filiação se presume pelo casamento sendo sempre o marido o pai (genitor) da criança. Com relação à maternidade tem-se a presunção *mater semper certa est*, Lôbo (2003b), onde a maternidade sempre é certa e será manifesta através dos sinais de gestação.

O critério legal ou presunção *pater is est*, está normatizado no art. 1597 e seus incisos do CC/02, com referência em especial aos incisos I e II, já que os demais dissertam da reprodução assistida, tendo a seguinte redação:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento[...]

A regra consiste em que, é presumida pela lei a concepção na constância do casamento dos filhos nascidos pelo menos 180 dias depois que for estabelecida a convivência conjugal e até 300 dias após a dissolução, morte, nulidade ou anulação do casamento. Já existia tal presunção no antigo código e o legislador achou por bem sua manutenção no atual diploma.

Sobre este lapso temporal assim explica Lôbo (2003, p. 48a):

Os limites de 180 (mínimo) e 300 (máximo) não correspondem às médias fixadas pela ciência e pela experiência de gestação humana. Todavia, têm por fito afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo de paternidade. Por se tratar de dias, a contagem se faz dia a dia, de meia noite a meia noite, não se considerando o dia do começo. A presunção de paternidade do nascido até 300 dias é elidida quando ficar provado que os cônjuges estavam separados de fato no período correspondente a concepção.

Este critério é criticado pela doutrina, a exemplo do posicionamento de Dias (2011, p. 361), em que a autora demonstra no seu ponto de vista que não é o estado de filiação e sim a fidelidade da mulher que a lei está presumindo.

Aliás, o que presume a lei não, de fato, nem é o estado de filiação, mas a fidelidade da esposa ao seu marido. Com base no “dever” de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade “efetiva”, é que se formou a regra *pater est*. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar virgem não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que seus filhos só podiam ser de seu marido!

Corroborando com esta linha de pensamento em sua lição Pontes de Miranda apud Lôbo (2003, p. 48a), assim disserta: “[...] possui, como fundamento, o que mais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa”.

Entende Dias (2011), que este critério estaria ultrapassado uma vez que teria sido criado em uma realidade de família bem distante da que se vive atualmente. Hoje a mulher não é mais uma simples dona de casa, na verdade está inserida no mercado de trabalho atuando nas mais diversas áreas e cada vez mais adquirindo direitos, não fica mais trancada em casa, pelo contrário, também assume as rédeas de chefe da família, sai, conhece pessoas novas e vive relacionamentos abertos.

Comportamento este que não seria mais suficiente para amparar tal presunção. É importante lembrar que para a união estável o legislador não estendeu tal presunção. Outra crítica a respeito desta presunção é feita por Farias; Rosenvald (2011, p. 588-589) desta vez de ordem prática.

Tais presunções filiatórias não levam em conta, a toda evidência, a verdade biológica, presumindo que a mãe é indicada pelo parto e o pai é o marido dela. Bastará imaginar a situação de uma gestação em útero alheio (conhecida como “barriga de aluguel”) ou mesmo de uma troca de bebês em maternidade para colocar em xeque a presunção de maternidade e, por igual, com simples lembrança de casos de infidelidade ou mesmo fertilização assistida para derrubar, no mundo pós-moderno, seu arcabouço de sustentação.

Com os exemplos elencados fica clara a fragilidade desta presunção nos dias atuais, do avanço das técnicas de reprodução assistida até aos casos de infidelidade que rodeiam a sociedade atual, fica sem nexos utilizar-se de tal critério para se identificar a paternidade, sobretudo com o avanço científico do ponto de vista da

investigação de paternidade com advento de exames como o DNA. Por isto é que esta presunção *pater is est* sempre possuiu caráter relativo *juris tantum*, não tendo força absoluta e admitindo-se assim prova em contrário.

### c) Da Filiação Biológica

A filiação biológica é fácil de identificar, sabe-se que esta filiação se estabelece pelo laço sanguíneo entre o genitor e o filho, laço este que independe de outra situação legal. O critério biológico de filiação adquiriu mais relevância, do ponto de vista jurídico com advento do exame de DNA. Em 1985 o britânico Alec Jeffreys veio a descobrir que as sequências de recombinações químicas descobertas por Mendel eram únicas, exclusivas, em cada pessoa, vislumbrando a possibilidade de identificação de cada indivíduo através da leitura de sua carga genética, surgia assim o teste de DNA, Farias; Rosenvald (2011).

Com exame de DNA agora é possível chegar a uma certeza quanto à paternidade superior a 99%, sua importância, visto sua precisão, é tamanha que a negativa injustificada em realizar o exame de DNA gera presunção *juris tantum* de paternidade, este é o entendimento do STJ na súmula 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

A lição de Farias; Rosenvald (2011, p. 611) traz uma melhor compreensão sobre o vínculo biológico:

Através do critério científico determina-se a filiação com base na carga genética do indivíduo, ou seja, a paternidade ou maternidade é definida com esteio no vínculo biológico existente, afastadas outras perquirições e debates, relativos, por exemplo, à herança cultural, afetiva, emocional etc. Cuida-se, pois, de uma forma determinativa fria, puramente técnica. E, aqui, tem domicílio a impossibilidade de seu acolhimento de forma absoluta.

Como lembrado na lição acima o critério biológico de determinação de filiação está ligado à ciência e é através dela que se chega ao resultado almejado, é a filiação determinada pelo sangue, pela origem genética, para ela é pai quem possui o mesmo sequenciamento genético, não se importando o afeto estabelecido na relação. É evidente que o critério biológico não é o único a ser levado em conta para se admitir a filiação, estando em pé de igualdade com o critério afetivo, por exemplo,

podendo ser concedida a paternidade a quem comprovar a existência de laços afetivos, mesmo que não seja o pai biológico.

#### **d) Da Filiação Afetiva**

De acordo com art. 1593 do CC/02: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Observa-se que o legislador não restringiu o parentesco aos laços sanguíneos, antes afirmou que o parentesco pode ter outra origem, esta origem é a afetiva, na lição de Dias (2011, p. 372), esta filiação “corresponde à verdade aparente e decorre do direito de filiação”. Verdade aparente, pois não é a verdade real trazida pelo critério biológico, mas sim pelos laços estabelecidos no convívio em família.

Para Farias; Rosenvald (2011, p. 613), “[...] a figura do pai é funcionalizada, decorrendo de um papel construído cotidianamente – e não meramente de uma transmissão de carga genética”. Daí poder afirmar que quando se tem a função de pai ou mãe em uma pessoa que não transmitiu nenhum material biológico seu, fala-se em filiação afetiva.

Lôbo (2003, p. 56-57a), ao abordar os laços de afeto e relação patrimonial na determinação da filiação, se expressa da seguinte forma:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades de da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

Conclui-se desta lição que a lei se importava em regular, sobretudo, o conteúdo patrimonial na relação de filiação, não que a lei tenha deixado de regular, mas que antes critério determinante para tal era a consanguinidade, hoje, porém se observa que o afeto vem ganhando relevância no meio da filiação e também é levado em consideração quanto à relação patrimonial, porém estes laços de afeto induzem a uma ideia de família baseada na união, comunhão de vida, não em uma ideia sanguínea onde não se estabelece nenhum vínculo afetivo, nenhum carinho, onde em muitas das vezes a busca pelo estado de filiação está ligada ao conteúdo patrimonial.

Ao comparar a filiação afetiva ou socioafetiva como alguns preferem chamar com os critérios biológico e legal, Farias; Rosenvald (2011, p. 614) assim asseveram:

A filiação socioafetiva não esta lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas.

Os autores fazem a ressalva de que o critério afetivo não suplantara, cegamente, o biológico, apontando que só no caso concreto seria possível a determinação do critério a ser usado como norteador da filiação, Farias; Rosenvald (2011).

A filiação afetiva é capaz de estabelecer laços que a simples presunção legal ou a consanguinidade em si não estabelecem, claro que numa relação de filiação podem se suceder mais de um dos critérios, e é o que acontece na maioria dos casos, onde o filho biológico recebe afeto dos pais, estabelecendo ambos os critérios. Sobre o critério afetivo a “adoção à brasileira”, é um grande exemplo uma vez que consiste em uma pessoa que não é a genitora, criar, registrar a criança como se seu filho fosse e estabelecer esta relação de afeto com ele, sobre o tema a jurisprudência se mostra favorável ao reconhecimento da filiação afetiva, observa-se tal entendimento no julgado do TJ/ RS:

Quem, sabendo não ser pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência da união estável, estabelece uma filiação sócio-afetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. (TJ/RS, Ac. 4º Grupo de Câm. Cívs., EI599.277.365, rel. Desa. Maria Berenice Dias, j.21.10.99).

Tem priorizado a jurisprudência os laços estabelecidos durante o convívio, de maneira que mesmo que não seja pai biológico, o registro pode ser validado, desde que se ache este vínculo afetivo, tornando o ato irrevogável.

#### **e) Da Reprodução Assistida**

A reprodução assistida está normatizada no art. 1.597 CC/02:

- [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Observa-se que a reprodução assistida se insere nas hipóteses de presunção legal do Código Civil, porém ela se diferencia da presunção vista anteriormente por sua própria natureza, na verdade ela, nos dizeres de Guilherme Calmon Nogueira da Gama apud Dias (2011, p. 366), “[...] faz ruir todo sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação”.

Isto porque no sistema de presunções já estudado a mãe sempre é certa e o pai é o marido da mãe, claro que se tem o lapso temporal para tais presunções, porém na reprodução assistida a mãe nem sempre será certa, podendo no caso da chamada gestação por substituição o filho ser de uma mãe e gerado no útero de outra, neste caso também se acaba com a presunção *pater is est*, uma vez que o pai em questão não seria o marido da mãe que gerou o filho. Mas a gestação por substituição é apenas uma cessão de útero prevista na resolução 1.957/2010 do CFM.

Revolução médica do ponto de vista científico foi introduzida com o surgimento das técnicas de reprodução assistida, na lição de Farias; Rosenvald (2011, p. 593), tem-se uma definição clara, do que se trata a reprodução assistida:

A reprodução medicamente assistida é o gênero do qual podem derivar duas espécies: a *inseminação artificial* e a *fertilização na proveta* (também chamada de fertilização *in vitro* – FIV).  
 A *inseminação artificial* é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na *fertilização na proveta* a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.

Nota-se que a fecundação poderá ser homóloga que é definida por Dias (2011, p. 367), como a decorrente da “[...] manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida a fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher que leva a gestação a termo”. Sendo assim a fecundação homóloga é aquela que ocorre com material do casal que possui dificuldade em engravidar ou levar a gestação adiante.

Já na fecundação heteróloga se utiliza de material de terceiro doador para que haja a manipulação por parte do médico para só depois haver a implantação no corpo da mulher do embrião. Observa-se que no caso da fecundação heteróloga nos dizeres de Farias; Rosenvald (2011) se faz necessária autorização expressa e escrita do marido ou companheiro para que concebida a criança possa ser filho de quem autorizou o ato, vale lembrar também que o doador do sêmen além de não poder cobrar nada em troca, deverá ter resguardado seu anonimato.

## 2.4 POSSE DO ESTADO DE FILHO

Segundo Rolf Madaleno apud Dias (2011, p. 371,372), a noção de estado de filho “[...] não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação”. Embora parte da doutrina entenda que a legislação não traz a tese de estado de filho, outros como Farias; Rosenvald (2011) colocam o art. 1.605 CC/02<sup>4</sup> como fundamento legal do estado de filho, uma vez que como fala em seu segundo inciso a presunção de fatos já certos seria o fundamento deste estado.

O estado de filho está intimamente ligado com a filiação socioafetiva já estudada neste capítulo, para Lôbo (2003, p. 95a), “[...] o estado de filiação compreende um conjunto de circunstâncias que solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir a ausência do registro do nascimento”. O mesmo autor identifica o estado de filiação quando há “*tractatus* (a pessoa é tratada ostensivamente como filha), *nomem* (a pessoa utiliza o nome de família dos pais) e *fama* (a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela opinião pública)”.

Novamente se traz a ideia de separação entre pai e genitor, pelo estado de filiação não basta apenas gerar, deve-se também o cuidado, afeto, amor, respeito,

---

<sup>4</sup> Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito. (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;  
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

estes são sentimentos que vão se construindo ao longo do convívio familiar, ou seja, o estado de filho é algo que se constitui com o passar do tempo, no estado de filho recebe-se todo sentimento de cuidado e atenção mesmo este não sendo gerado por aquele que depreende esses sentimentos.

Na lição de Dias (2011, p. 371), “[...] quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado”, ou seja, mesmo não sendo verdadeiro genitor ou filho gerado, possui status de filho pelos laços afetivos estabelecidos.

### 3 DO INSTITUTO DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Após estudo sobre filiação, é mister estudar o instituto da coisa julgada, para então adentrar na questão principal do trabalho científico.

Do instituto coisa julgada deve-se preliminarmente, conceituá-lo para se compreender o que é este fenômeno que torna as decisões judiciais imutáveis e estabelecer qual seria sua natureza jurídica através da análise das três principais correntes que buscam definir seu conteúdo, deve-se diferenciar o que seria coisa julgada formal e material sabendo que uma gera efeitos endoprocessual, enquanto outra gera efeito extraprocessual, bem como estabelecer seus limites, por fim cabe o estudo dos instrumentos de revisão da coisa julgada.

Observou-se que no decorrer deste trabalho foi sancionado novo diploma processual civil pátrio, mesmo não possuindo vigência durante o período de pesquisas e apresentação deste trabalho, cabe fazer uma contextualização do trabalho acadêmico, perpetrando um comparativo entre os dois diplomas processuais, visando atualizar o referido texto com as recentes mudanças, para que o leitor possa ter uma noção das alterações que influenciarão o conteúdo deste trabalho com o passar dos tempos.

#### 3.1 NOÇÕES, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA

Ao ingressar em uma demanda judicial, busca-se a solução de um conflito que até então os litigantes não conseguiram resolver, sem a necessidade da intervenção judicial. No curso da demanda como lecionam Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 417), “Preenchidos os requisitos processuais de admissibilidade, a situação jurídica submetida à apreciação do Poder Judiciário por intermédio da demanda deve ser examinada e decidida, acolhendo-se, ou não, o pedido formulado”.

Proferida uma decisão aceitando ou não este pedido, poderão os interessados impugnar a decisão, no entanto para que ocorra uma segurança no que foi decidido, em um dado momento não se poderá mais utilizar os meios de

impugnação, ocorre isto para se evitar demandas eternas, ou seja, impedir que se utilize dos recursos para que uma decisão judicial não se cumpra, o que tornaria ineficaz o ingresso no judiciário para se resolver conflitos.

O ordenamento jurídico pátrio, atinente ao sistema processual, possui diversos recursos à disposição das partes litigantes, podendo-se utilizá-los ou não. Pode ocorrer o fenômeno da preclusão temporal, que se dá quando a parte perde o prazo para interpor o recurso, diz-se que o recurso foi intempestivo, ou também, o esgotamento das vias recursais, que se dá quando não cabe mais recurso para aquela situação.

Ante a impossibilidade de impugnar a decisão mediante esgotamento das vias recursais, sua intempestividade ou sua inutilização, a decisão reveste-se do manto da imutabilidade tornando a demanda indiscutível, diz-se que a decisão transitou em julgado. Surge, então, a coisa julgada que na lição de Montenegro Filho (2008, p. 559), seria o:

[...] status assumido pelo pronunciamento judicial que, não foi impugnado por recurso judicial, idêntica situação se mostrando na hipótese da ocorrência do ataque como o posterior desate da irrisignação pelas instâncias superiores, não mais cabendo novo recurso contra o último dos pronunciamentos proferidos na demanda.

Nota-se que a coisa julgada é instituto que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica<sup>5</sup> e que possui previsão legal no art. 5º, XXXVI da CF/88. A coisa julgada segundo Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 418), “[...] garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também traz uma noção do que seria coisa julgada<sup>6</sup>. A doutrina também conceitua este instituto, para Gaio Júnior (2006, p. 264), coisa julgada “[...] é a eficácia que torna imutável a sentença, seja definitiva ou terminativa, não mais sujeita a qualquer recurso”. Vale salientar o papel da coisa julgada como ensinam Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 418), “[...]”

---

<sup>5</sup> Nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>6</sup> De acordo com art.6º,§ 3º, do Decreto Lei nº 4.657, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

coisa julgada não é um instrumento de justiça, ela é garantia da segurança, ao impor um caráter definitivo para a solução judicial, porém não assegura justiça nas decisões”.

Segundo Bueno (2014, p. 337), a coisa julgada possui duas funções, uma positiva e outra negativa, o autor as expõe da seguinte forma:

A função positiva da coisa julgada relaciona-se à noção de a imutabilidade da decisão transitada em julgado obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida.

Por sua vez, a chamada função negativa da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual negativo, isto é, como um fator impeditivo de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.

Um tema controvertido na doutrina é acerca da natureza jurídica deste instituto, neste ponto se apresentam três correntes, a primeira encabeçada por autores alemães como Hellwig e Rosenberg, encontra adeptos aqui no Brasil nas pessoas de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Arakem de Assis, sustentam a coisa julgada como um efeito da decisão, sendo um elemento declaratório da decisão, para eles a força vinculante desta declaração é que a torna obrigatória e indiscutível, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012).

A segunda corrente, capitaneada por Liebman a define como uma qualidade dos efeitos da decisão, fazendo um contraponto à doutrina alemã, o autor afirma que coisa julgada não é um efeito da sentença e sim o modo como se produz como se manifestam os seus efeitos em geral. Este pensamento tem o apoio de parte majoritária dos doutrinadores como Cândido Dinamarco, Ada Pellegrine, Moacyr Amaral Santos, Teresa Arruda Alvim Wambier, dentre outros, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012).

Por fim a terceira corrente defende que a coisa julgada seria uma situação jurídica do conteúdo da decisão, ou seja, consistiria na imutabilidade do conteúdo da decisão, do seu comando, que é composto pela norma jurídica concreta, posicionamento defendido por Machado Guimarães, Barbosa Moreira e pelo próprio Fredie Didier Jr, em sua obra, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012).

Observa-se das correntes expostas que tradicionalmente entendia a doutrina brasileira que a coisa julgada seria um efeito da sentença, até que Liebman traz o entendimento de que os efeitos da sentença seriam o declaratório, condenatório e constitutivo, efeitos estes já conhecidos da doutrina, porém ele afirma que a coisa

ulgada não faria parte destes efeitos, mas seria uma qualidade destes efeitos, este posicionamento revolucionou o entendimento de coisa julgada pela doutrina, tanto é verdade que a posição defendida por Liebman hoje é defendida majoritariamente pelos doutrinadores.

### 3.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Conceituando a coisa julgada e compreendendo sua natureza jurídica, é oportuno fazer uma diferenciação entre coisa julgada material e coisa julgada formal, sabendo que coisa julgada é a imutabilidade que reveste uma decisão, faz-se necessário saber que esta imutabilidade pode se restringir aos limites processuais ou pode extrapolar os limites deste e é justamente nesta limitação de seus efeitos, que consiste a diferenciação entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

O conceito de coisa julgada formal trazido por Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 418-419) tem o seguinte conteúdo:

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial.

Sendo assim, percebe-se que coisa julgada formal é a imutabilidade de uma decisão dentro do processo, a coisa julgada formal funciona como uma espécie de preclusão ao direito de interpor recurso, na visão de Santos, E. (2010, p. 709), coisa julgada formal tem o seguinte significado:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, ou contra acórdão que confirmou a sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou não julgamento da sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou não julgamento da lide, do mérito. Ela é comum a toda e qualquer decisão e se refere, exclusivamente, ao processo em que foi aquela proferida.

Observa-se do conceito acima que o exame do mérito não é um requisito essencial para se obter a imutabilidade da decisão dentro do processo, Santos, E.

(2010, p. 706), entende que mérito é “[...] a matéria de fundo do processo de conhecimento e do cautelar. No processo de conhecimento é o próprio litígio, a lide, que constitui seu objeto”. Quando não se aprecia o mérito da questão, mas tem-se uma decisão proferida no processo, denomina-se esta de sentença terminativa, baseado nisto tem-se de Montenegro Filho (2008, p. 560), a seguinte lição:

Construída a premissa, podemos em consequência concluir que a coisa julgada formal – própria das sentenças terminativas – impede a rediscussão dos elementos da ação e da parte dispositiva do pronunciamento judicial no âmbito da própria ação instaurada, não obstaculizando, contudo, a prerrogativa de o autor rediscutir os temas no curso de outra ação.

Assim a coisa julgada formal torna imutável e indiscutível a decisão proferida dentro do processo, daí ser chamada de fenômeno endoprocessual, mas não impede que a lide seja rediscutida em sede de outra ação judicial. Este fenômeno para maioria da doutrina assemelha-se muito com a preclusão, de forma que torna difícil sua diferenciação sendo tanto coisa julgada formal, como a preclusão uma estabilidade dentro do processo, sobre o tema Luiz Eduardo Mourão apud Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 419-420), traz seu ponto de vista, diferenciando coisa julgada formal de preclusão:

Coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo) que se refere às decisões cujo conteúdo é processual, em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito, distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). A distinção entre coisa julgada formal e material teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra torna indiscutível (o que dá coerência à adjetivação do instituto: formal é a coisa julgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito).

Com o entendimento do autor melhor se vislumbra o fenômeno da coisa julgada formal em detrimento da preclusão, enquanto na última gera efeitos restritamente naquilo que se deixou de recorrer, ou seja, a coisa se torna indiscutível apenas dentro do processo tendo este seu prosseguimento normal, a coisa julgada formal será a questão processual que não poderá ser discutida fora do processo, o pensamento apesar de minoritário é interessante, pois explicaria a sentença prevista no artigo 267 do CPC que impede a repropositura da ação, sabe-se que se trata de coisa julgada e por este entendimento seria vislumbrada como coisa julgada formal.

Diz-se que coisa julgada material na lição de Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 419):

É a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.

Coisa julgada material tem relação direta com a coisa julgada formal, visto que para que ocorra a coisa julgada material, necessário é o esgotamento de todas as vias recursais, ou seja, coisa julgada formal. Sendo assim, a coisa julgada material, tem início dentro do processo com a exaustão das vias recursais e se expande para o mundo extraprocessual impedindo o ingresso na justiça de outra demanda com mesmas partes, causa de pedir e pedido.

A doutrina aponta que são necessários alguns pressupostos para que a decisão judicial possa ficar imune através da coisa julgada material, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 420) enumeram quatro, assim compreendidos:

a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há de versar sobre mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).

Os mesmos autores Didier Jr; Braga; Oliveira (2012) apontam o caminho para que ocorra o fenômeno da coisa julgada material, para eles o fenômeno só atinge as decisões de mérito, onde o mérito foi examinado em cognição exauriente, ocorrendo também à coisa julgada formal, percorrido este caminho pode-se dizer que sobre a decisão incidu a coisa julgada material, observa-se os autores aponta-o como o caminho natural para que ocorra a coisa julgada material.

### 3.3 DOS LIMITES DA COISA JULGADA

Alguns autores preferem inserir os limites da coisa julgada dentro do que se chama de regime jurídico deste instituto, outros preferem apenas adentrar no assunto dando-lhe a nomenclatura de limites da coisa julgada, independente da

nomenclatura utilizada o fato é que em meio a um assunto controverso e polêmico na doutrina como a coisa julgada, nos seus limites pode-se encontrar um denominador comum, algo em que os doutrinadores concordam, ou pelo menos concordavam.

Afirma-se isso por conta das recentes alterações no código de processo civil, criando um novo código processual civil, este novo diploma sancionado pela Presidente da República trará diversas alterações em institutos do atual código. No instituto da coisa julgada a alteração recaiu justamente sobre os limites desta.

### 3.3.1 Limites objetivos da coisa julgada

A definição dos limites objetivos da coisa julgada está relacionada à questão de se saber quais partes da sentença estão cobertas pela coisa julgada. Nesta delimitação de partes da sentença, entende a doutrina que só a parte dispositiva da sentença é que faz coisa julgada nos termos do art. 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”, ou seja, a parte que julga o pedido, Gaio Júnior (2006).

O art. 469 do CPC estabelece o que não faz coisa julgada limitando sua atuação:

Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

O art. 470 do mesmo diploma, porém excepciona a regra quanto à questão prejudicial trazendo a seguinte redação: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

Na lição de Bueno (2014, p. 378), a parte requerendo, “[...] o juiz sendo competente em razão da matéria e constituindo pressuposto necessário para o julgamento da lide”. A questão prejudicial só fará coisa julgada se for colocada na

própria petição inicial ou por meio de ação declaratória incidental, como ensinam Didier Jr; Braga; Oliveira (2012).

Os motivos elencados no art. 469 do CPC que limitam a atuação da coisa julgada não causam tanta discussão doutrinária, com a recente sanção do novo Código de Processo Civil o texto do art. 469, passou a ser o art. 504, ficando com a seguinte redação:

Art. 504. Não fazem coisa julgada:  
I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;  
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Como visto a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, foi retirada do texto do diploma vindouro, mas o que isto poderá alterar o limite da coisa julgada daqui pra frente?

Com a retirada da questão prejudicial do rol dos motivos em que não se faz coisa julgada, percebe-se que o legislador quer ampliar os limites dela, passando a alcançar a parte do dispositivo e da questão prejudicial também, como a sanção do texto é recente e ainda se encontra no período de *vacatio legis*, pouco se tem produzido a respeito do assunto.

Preliminarmente cabe conceituar o que seria questão prejudicial, Marinoni; Arenhart (2008, p. 156) trazem a seguinte definição:

As questões prejudiciais, portanto, são questões que constituem antecedente lógico para o conhecimento da pretensão do autor, mas que não são decididas pelo juiz da causa, e sim, incidentalmente, resolvidas por ele, porque sobre elas ninguém pede decisão específica do magistrado, já que não compõem o bojo do pedido formulado pelo autor – e o juiz somente pode proferir sentença, que seja efetivamente de mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.

Questão prejudicial então surge como uma razão que fundamenta a decisão judicial numa demanda, por exemplo, alguém requer o pagamento de dívida por meio judicial, o réu nega a dívida tentando desqualificar os argumentos do autor, contra argumentando que já quitou a obrigação ou que o contrato inexistente, o exame dessas questões será importante para a fundamentação da decisão judicial, porém a resposta pretendida na ação não é se o contrato existe ou não e sim se deve pagar ou não, para essas outras questões, se utiliza a ação declaratória incidental.

Pelo código vigente essa questão prejudicial não se torna imutável e pode ser objeto de uma ação principal, no entanto com esta ampliação dos limites da coisa julgada afirma Machado (2015):

[...] pretende-se alterar este sistema, determinando a possibilidade de a questão prejudicial ao julgamento de mérito (independentemente de ação declaratória incidental) ser afetada pela coisa julgada material, desde que respeitados certos requisitos.

No entanto, deve-se obedecer, aos limites impostos no art. 503 do NCPC:

A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Com isso o novo código busca impedir que algo decidido em um processo de forma incidental, possa ser reapreciado, aumentando a quantidade de demandas no judiciário já tão sufocado, pelas enormes quantidades de ações para julgar, ou seja, busca-se maior celeridade processual, bem como abolir o risco de ocorrer decisões contraditórias, já que em ação principal, a questão prejudicial poderia ter decisão diferente da proferida pelo magistrado na ação declaratória.

Porém esta ampliação na prática tende a possuir alguns pontos negativos, neste sentido disserta Dellore (2011, p. 37-38):

Como exemplo, basta imaginar, em uma demanda envolvendo um contrato, a discussão de nulidade de cláusula, nulidade do contrato, objeto ilícito, questões relacionadas aos poderes exercidos por quaisquer das partes, violação de cláusulas etc. Independentemente da profundidade da cognição, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira breve.

Mas, pelo CPC, acaso não haja a propositura de declaratória incidental por qualquer das partes, apenas o pedido é que será coberto pela coisa julgada. Assim, ambas as partes estão plenamente cientes a respeito de qual parte da decisão será coberta pela coisa julgada.

Contudo, pela proposta de redação do NCPC, se quaisquer dessas questões forem brevemente mencionadas, seja na inicial seja na contestação, e forem apreciadas pela sentença, poderão ser cobertas pela coisa julgada, ainda que não haja maior discussão no bojo do processo.

Assim, se o pedido for o cumprimento de uma determinada cláusula e houver a alegação de que o contrato foi celebrado por quem não tinha poderes para tanto, é possível que a sentença venha a declarar isso com

força de coisa julgada – sem que qualquer das partes tenha formulado pedido nesse sentido. E, talvez, de forma surpreendente para ambas as partes.

São questões que com a afirmação do novo diploma processual serão cada vez mais debatidas, não se requer maior profundidade no assunto visto que o tema não é objeto central do estudo, mas se mostra relevante sua inserção para contextualizar o trabalho com as iminentes alterações no Processo Civil Pátrio.

### 3.3.2 Limites subjetivos da coisa julgada

Através dos limites subjetivos da coisa julgada sabe-se que sujeitos serão afetados pela decisão como leciona Bueno (2014, p. 383):

Não só o objeto da decisão interessa ao estudo da coisa julgada, isto é, o exame “do que” torna-se imune a ulteriores questionamentos, mas também a análise “de quem” fica vinculado ao que foi decidido. É o que a doutrina usualmente identifica como limites subjetivos da coisa julgada. Limites subjetivos porque relacionados como os sujeitos que não podem pretender tomar a iniciativa de rediscutir o que já foi soberanamente decidido pelo Estado-juiz porque vinculados à decisão já proferida.

O CPC em seu art 472 estabelece os limites subjetivos da coisa julgada:

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

O legislador adota como regra que os efeitos serão recepcionados pelas partes não prejudicando terceiros, o NCPC manterá a linha de pensamento abordando o limite subjetivo em seu art. 506: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Como referendado por Marinoni; Arenhart (2008, p. 652), a regra geral é que “[...] autor e réu da ação ficam vinculados à decisão judicial, já que foram os sujeitos do contraditório que resultou na edição da solução judicial”, vale salientar os

sucessores das partes também ficam acobertados pela coisa julgada, visto em caso de falecimento eles podem tomar o lugar da parte envolvida.

Porém esta regra possui exceção, onde terceiros podem sofrer influência da sentença proferida, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012) apontam que quanto aos limites subjetivos a coisa julgada pode operar-se *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*, sendo *inter partes* a que vincula somente as partes, ou seja, a regra até agora estudada. Para os autores *ultra partes* e *erga omnes* são as exceções à regra, sendo que a *ultra partes* é aquela que atinge determinados terceiros, que não participam do processo, vinculando-os.

Sobre estes terceiros Marinoni; Arenhart (2008, p. 653) fazem uma distinção, entre terceiro interessado e indiferente, da seguinte forma:

Terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa, decorrente da existência de alguma relação jurídica que mantém conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo. Tal sujeito, em função da existência deste interesse jurídico, é admitido a participar do processo, intervindo quando menos na condição de assistente simples. Já os terceiros indiferentes são aqueles que não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com aquela submetida à apreciação judicial. Não têm interesse jurídico na solução do litígio e, por essa circunstância, não são admitidos a intervir no processo.

Por fim, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 431) analisam a coisa julgada *erga omnes* que na visão dos autores:

É aquela cujos efeitos atingem a todos os jurisdicionados – tenham ou não participado do processo. É o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada produzida na ação de usucapião de imóveis, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III do CDC) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Fechando pensamento sobre o assunto, mesmo terceiros podendo sofrer consequências da sentença, é certo que as partes é que são os maiores interessados na decisão, e é para elas que os efeitos da coisa julgada estão apontados, visto que se faz necessário uma solução para o conflito, solução esta que possa trazer uma segurança ao que foi decidido e esta segurança se alcança com o trânsito em julgado da sentença.

### 3.4 EFEITOS DA COISA JULGADA

Entende a doutrina, que a coisa julgada possui três efeitos, o negativo, o positivo e o preclusivo, para Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 435), o efeito negativo da coisa julgada, “[...] impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo”. Por este efeito não se pode pegar uma questão que já foi decidida em outro processo e levá-la novamente a julgamento, desde que seja questão principal, pois ela já está sob o manto da coisa julgada, não cabendo assim rediscussão.

Quanto ao efeito positivo Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 435), conceituam como:

[...] a questão principal já definitivamente decidida e transitada em julgado, uma vez retornando ao judiciário como questão incidental, não possa ser decidida de modo distinto daquele como foi no processo anterior, em que foi questão principal.

Percebe-se que o efeito positivo da coisa julgada vincula o julgador desta nova demanda ao resultado produzido por demanda anterior, onde a questão incidental transitou em julgado como questão principal da causa, devendo o juiz levar em conta a decisão já proferida, para chegar a sua nova decisão.

Ovídio Baptista da Silva apud Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 435) faz uma distinção entre estes dois efeitos, expondo da seguinte forma:

[...] o efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento.

Em suma, efeito negativo impede novo julgamento do feito como questão principal e efeito positivo vincula o magistrado à decisão que transitou em julgado em processo anterior, que está sendo rediscutida de forma incidental em processo atual.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, ou como alguns preferem chamá-la, o princípio do dedutível e do deduzido, está consagrado no CPC vigente no art. 474: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas

todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

No NCPC constará no art. 508: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”, trata-se de uma prática voltada à proteção da coisa julgada, no pensamento de Bueno (2014, p. 379):

[...] trata-se de algo necessário para a compreensão do próprio fenômeno da coisa julgada e para a máxima eficiência desta opção política, que realiza o princípio da segurança jurídica expressamente consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Não se poderia cogitar, com efeito, da imutabilidade de uma decisão se fosse possível levar ao Judiciário, a cada novo instante, novos argumentos das questões já soberanamente julgadas, iniciativa que, em última análise, teria o condão de desestabilizar o que, por definição, não pode ser atacado.

Ensinam Didier Jr; Braga; Oliveira (2012) que a proteção da coisa julgada sobre a decisão é tão sólida que nem mesmo questões de ordem pública podem ser arguidas, fazendo exceções os casos de erro material e erro de cálculo, cujo sua decisão não transita em julgado e nos casos de ação rescisória.

Diverge a doutrina na compreensão de que tipo de alegação do autor pode-se considerar afastada pelo trânsito em julgado, sobre o tema apresentam-se três correntes segundo Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 437), para a corrente majoritária defendida por Barbosa Moreira, tem-se a seguinte posição:

[...] eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a *causa petendi* deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão somente a *causa petendi* que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que findado em uma nova causa de pedir.

Nessa linha de pensamento, posicionou-se o STJ no seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. CAUSAS DE PEDIR DISTINTAS.

Pelo disposto nos três incisos do art.363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação de investigação da paternidade, que teve como causa de pedir a existência de concubinato ao tempo da concepção da investigante, só por ter sido

afastado o concubinato, não impede o ajuizamento da segunda demanda, com outra causa petendi, qual seja a existência do rapto consensual. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada. Recurso conhecido e provido. (4ªT., REsp 109142 RS 1996/0060899-7, rel. Min. César Ásfor Rocha, j. em 06/09/2001, publicado no DJ 04/02/2002 p. 364RJADCOAS vol. 32 p. 65RSTJ vol. 153 p. 309).

Segunda corrente defendida por Araken de Assis firma posição no qual:

[...] a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado. A coisa julgada implicaria, assim, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 438).

Por fim na visão de Tesheiner procura firmar um entendimento intermediário entre as duas primeiras correntes, com a seguinte posição:

[...] entende o autor que o efeito preclusivo da coisa julgada alcança todos os fatos jurídicos de idêntica natureza, que consistam em causas de pedir distintas; o que importa, diz, é que tais fatos narrados sejam substancialmente semelhantes. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 440).

Vistas as três correntes a respeito do assunto, vislumbra-se que a ideia defendida por Barbosa Moreira, assemelha-se com o pensamento de Carnelutti apud Marinoni; Arenhart (2008, p. 660), “[...] em que apenas parte da lide era trazida à apreciação do Judiciário”. Os próprios Marinoni; Arenhart (2008) têm pensamento igual ao afirmar que somente as alegações relacionadas com o *thema decidendum* é que se torna indiscutível pela eficácia preclusiva. Tem-se uma síntese do pensamento de Marinoni; Arenhart (2008, p. 661), acerca do limite da eficácia preclusiva, assim entendida:

A preclusão, capaz de operar em razão do art. 474 do Código de Processo Civil, diz respeito apenas às questões concernentes à mesma causa de pedir. Somente as questões internas à causa determinada, relativas à ação proposta – e, portanto, referentes às mesmas partes, ao mesmo pedido e à mesma causa de pedir – é que serão apanhadas por esse efeito preclusivo, de forma a torna-las não dedutíveis em demanda diversa. *Qualquer outra questão, não pertence àquela específica ação, ainda que relacionada indiretamente a ela* – porque correspondente a outra causa de pedir passível de gerar o mesmo pedido, ou porque concernente à pretensão de outra parte sobre o mesmo objeto etc – *não pode ficar sujeita a essa eficácia preclusiva.*

Conclui-se que Marinoni; Arenhart têm pensamentos semelhantes a Barbosa Moreira, discordando do posicionamento levantado por Araken de Assis que prefere entender que todas as causas de pedir serão abarcadas pela eficácia preclusiva, entendendo este as questões concernentes às mesmas partes, pedido e causa de pedir que serão abarcadas pela eficácia preclusiva.

### 3.5 INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA

O ordenamento jurídico brasileiro admite alguns instrumentos de revisão da coisa julgada, que devem ser utilizados em situações específicas, como destaque tem-se a ação rescisória e a querela nullitatis ou exceptio nullitatis também chamada de ação anulatória de sentença, impugnação com base em erro material, impugnação da sentença inconstitucional e por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, através de denúncia formulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Querela nullitatis está prevista nos artigos 475 - L, I<sup>7</sup> e 741<sup>8</sup> do CPC, no ponto de vista de Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 447) consiste:

[...] no meio de impugnação de decisão maculada por vícios transrescisórios, que subsistem quando: a) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que ocorreu à sua revelia por falta de citação; b) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que ocorreu à sua revelia por ter sido a citação defeituosa.

Pontes de Miranda apud Didier Jr; Cunha (2012) ressalta a importância de se diferenciar as decisões inexistentes, rescindíveis, sendo decisões válidas e que serão atacadas por ação rescisória das decisões nulas, que mesmo existindo, não possuem validade, podendo ser desconstituídas a qualquer tempo.

<sup>7</sup> Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

<sup>8</sup> Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Da lição de Pontes de Miranda, pode-se concluir que o raio de ação da querela nulltatis são decisões nulas e que não possuem limite temporal, podendo ser arguida a qualquer tempo.

Ação rescisória é uma ação autônoma, que tem por finalidade impugnar uma decisão que já teve seu trânsito em julgado. Possui previsão legal em capítulo próprio do CPC, se encontrando do art. 485 ao 495 do CPC, no diploma vindouro, a ação rescisória esta prevista nos artigos 966 ao 975.

Serve a ação rescisória para romper decisão que por algum motivo se tornou inválida ou injusta, para Marinoni; Arenhart (2008, p. 663), o objetivo da ação rescisória é “[...] desconstituir a força da coisa julgada”.

Por se tratar de ação e não recurso para se ingressar com a ação rescisória, se faz necessário além de uma decisão meritória com trânsito em julgado, que se contenha todas as condições da ação, bem como dos pressupostos processuais, de um dos fundamentos de rescindibilidade dispostos no art. 485 do CPC e por fim que se obedeça ao prazo decadencial de dois anos contado do trânsito em julgado da decisão.

A impugnação da sentença inconstitucional disposta no art.475 – L, I bem como no art. 741, I do CPC, pode ser interposta a qualquer tempo, por conta de sua inconstitucionalidade. A decisão por erro material ocorre quando há erros a serem sanados, sobrevivendo o erro somente em um dos capítulos da sentença, apenas este será anulado, todavia fazendo-se necessário a anulação de todo conteúdo da sentença, poderá ser feito, desde que o recurso impetrado seja o adequado e tempestivo.

Com relação à denúncia formulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser o Brasil signatário do pacto de San José da Costa Rica, se submete ao sistema americano de proteção aos direitos do homem, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo esta Corte chamada quando o Estado Brasileiro viola os direitos e garantias fundamentais, possuindo suas decisões forças para revisar decisão transitada em julgado que viole tais direitos.

## 4 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Este capítulo abordará o tema relativização da coisa julgada, figura que suscita inúmeros questionamentos, quanto a seu fundamento, bem como quanto a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Inicialmente falar-se-á a respeito da investigação de paternidade, mostrando o ponto vista da doutrina quanto ao tema, buscando diferenciar ação de investigação de parentalidade, da investigação de origem genética, ressaltando a importância do desenvolvimento científico e como a ciência tem colaborado na identificação da origem genética.

Em seguida se buscará um conceito para relativização da coisa julgada, entrará na esfera constitucional analisando o conflito existente entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, tentando solucioná-lo através da proporcionalidade e razoabilidade.

Analizará também o ponto de vista doutrinário quanto à relativização, fazendo o comparativo entre os que são favoráveis à relativização e os que se posicionem contrário. Por fim se abordará a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, buscando solucionar a problematização a que se propôs este trabalho, fazendo análise, sobretudo da doutrina e jurisprudência para encontrar um posicionamento adequado a respeito do tema.

### 4.1 DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Antes de entrar no tema, relativização da coisa julgada, cabe falar sobre a investigação de paternidade, nos termos Código Civil no art. 1.609:

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

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

O diploma citado, esclarece sobre o reconhecimento de paternidade, podendo ser feito voluntariamente ou judicialmente, sendo que a investigação de paternidade é a forma judicial de se buscar este reconhecimento. Observa-se que o reconhecimento da filiação como assevera o art. 27 do ECA, é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Para que haja o reconhecimento judicial necessário é a propositura de ação que após a produção de provas bem como ocorrer o contraditório e a ampla defesa trará uma sentença judicial e por fim o seu trânsito em julgado. É certo também que a produção de provas nem sempre é fácil de ocorrer visto as dificuldades que são encontradas na comprovação do relacionamento, porém com a introdução do exame de DNA na ciência forense, pôde-se avançar no sentido probatório, bem como buscar a verdade real sobre a filiação, traça-se aqui um paralelo ao sistema de presunções existente na legislação, sobre isto Diniz (2013, p. 547) assim disserta:

Se o DNA é a solução mais avançada para identificar a paternidade, com um grau de certeza quase que absoluto, não há como prosperar a presunção *pater est quem justae nuptiae demonstrat*, substituindo a verdade real pela ficta, hodiernamente, o atendimento ao superior e legítimo interesse do filho em descobrir sua identidade genética, ou melhor, a verdade real biológica. Logo, não poderia prevalecer o fetichismo injustificável de dispositivos judiciais retrógrados, nem se poderia deixar de admitir a produção das provas que fossem necessárias à realização da justiça e à descoberta da verdade real.

Farias; Rosenvald (2011, p. 638-639) fazem uma divisão e diferenciação entre ação de investigação de parentalidade e ação de investigação de origem genética, identificando-as da seguinte forma:

Através da investigação de parentalidade pretende-se obter o reconhecimento filiatório. Isto é, o autor da investigatória de estado parental almeja ter o seu pai, ou mãe, reconhecido pela decisão judicial, estabelecendo um estado filiatório e, via de consequência, uma relação de parentesco, com todos os seus efeitos pessoais (*e. g.*, direito ao sobrenome do pai e ao registro civil) e patrimoniais (como o direito à herança, aos alimentos etc.). Como se vê esta demanda decorre de uma relação de Direito das Famílias, como escopo de obter um estado de filiação – que é imprescritível e inalienável.

A outro giro, através da investigação de origem genética, uma pessoa que já titulariza uma relação paterno-filial (ou seja, já tem genitor), estabelecida a partir de hipóteses não biológicas (por exemplo, através de adoção ou de filiação socioafetiva), pretende obter o reconhecimento da sua origem

ancestral, em relação filiatória (não se quer alterar a relação paterno filial). O autor da ação não pretende requerer alimentos ou herança do réu, seu ancestral. Apenas pretende ver declarada a sua ascendência genética. Aqui funda-se o pedido no exercício de um direito da personalidade (totalmente desatrelado de uma relação de família) e a pretensão é, por igual, imprescritível, e o direito em disputa, inalienável.

Salienta-se que este direito ao conhecimento de sua origem genética pode ser estendido até aos adotados, que com a adoção se desligam completamente de sua origem biológica, tendo apenas laços com a família afetiva agora formada, mesmo estes tem o direito de conhecer sua origem biológica, como dispõe o art. 48 caput do ECA: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Neste caso muitos utilizam deste direito para diagnosticar precocemente eventuais doenças, bem como estabelecer o tratamento adequado, através do conhecimento de sua linhagem genética.

Havendo incertezas acerca da origem genética, nada mais justo do que buscar supri-las encontrando uma resposta que possa trazer uma segurança quanto aos questionamentos existentes, sendo capaz de dirimir dúvidas conferindo ao resultado da pretensão elevado grau de confiabilidade, durante muitos anos se pairava a dúvida quanto à determinação da filiação visto que se utilizavam como principais meios de prova, a prova testemunhal e do ponto de vista científico o tipo sanguíneo, não para se determinar paternidade, mas sim para excluí-la.

Porém nas últimas décadas obtiveram-se grandes avanços na seara científica, possibilitando com isto mais certeza quanto à determinação da paternidade, o exame de DNA desenvolvido pelo geneticista britânico Alec John Jeffreys em 1985, trouxe grande desenvolvimento para ciência forense visto que com o exame de DNA se aperfeiçoou o trabalho investigativo policial bem como na solução de casos de investigação de paternidade, visto que através deste exame é possível ter um grau de certeza de 99,999% quanto a sua exatidão de diagnóstico.

Certo é que atualmente tanto ciência como legislação evoluíram para beneficiar a busca pela verdade real quanto à determinação da origem genética, de um lado a ciência consegue determinar quase com exatidão este vínculo, de outro o legislador cada vez mais amplia o direito na busca pela identidade genética.

## 4.2 ANÁLISE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Relativizar é se mitigar tornar algo flexível, é tornar algo que era intangível, brando. Relativizar a coisa julgada é então, apanhar uma decisão judicial inquestionável, ou seja, uma decisão de que não caiba mais recurso ou qualquer outro instrumento de revisão e voltar a apreciá-la.

Na prática, a relativização corresponde a uma ampliação das hipóteses de revisão da coisa julgada. A comprovação de que a coisa julgada material não é absoluta está justamente na possibilidade da ação rescisória no direito civil e da revisão criminal na esfera penal.

A tese segundo Bueno (2014, p. 389), consiste em “[...] uma necessária relativização da coisa julgada em casos em que houver, flagrantemente, alguma injustiça ou, de forma mais ampla, algum flagrante erro de julgamento”. A relativização da coisa julgada incidirá sobre a coisa julgada material, ou seja, aquela cujo mérito foi apreciado e tendo ocorrido os prazos recursais, foram todos estes esgotados, não se tendo mais possibilidade de recorrer, nem como ingressar com a ação rescisória.

### 4.2.1 Posicionamento doutrinário sobre a relativização da coisa julgada

Sobre o tema relativização da coisa julgada, a doutrina em muito diverge quanto a sua possibilidade ou não, na verdade meios de revisão da coisa julgada já existem no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo a ação rescisória ou a revisão criminal, o que se discute na doutrina são os meios atípicos de revisar decisão com trânsito em julgado.

Sobre o tema, um dos primeiros a se manifestarem a favor da relativização da coisa julgada foi o ministro do STJ José Augusto Delgado, ao falar sobre o tema, defendendo a relativização da chamada coisa julgada inconstitucional, se expressando da seguinte forma, Delgado (2006, p. 3-4):

Inconcebível, em face dessas ideias hoje vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal.

O que todo cidadão espera do Poder Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional. Nunca a sua violação ao emitir decisões judiciais. A atividade judiciária, pela nobreza contida no seu exercício, deve imprimir o máximo de segurança jurídica. Esse patamar só será alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas no texto da Constituição Federal.

O intérprete e aplicador do direito não pode deixar de ter como bússola nas práticas de suas atividades, quer doutrinárias quer jurisdicionais, que a força da Constituição tem origem no Poder do Povo, pelo que nenhum Poder está acima dela. Em consequência, em um Estado Democrático de Direito não há realização plena dos ideais concebidos quando o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões judiciais, pretende ficar acima dos limites determinados pela Carta Magna do País.

A missão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente deste, é fazer prevalecer a força da Constituição. Esta, sozinha, por si, nenhum efeito produz. A eficácia e efetividade dos seus postulados, dos seus princípios e das suas regras depende da atuação de todos os Poderes, com destaque, do Poder Judiciário. Em assim sendo, não é concebível, sob o simples argumento da intangibilidade da coisa julgada, aceitar-se descumprimento da Constituição Federal.

A partir de então a tese levantada por Delgado, passou a ganhar adeptos na doutrina, como Humberto Theodoro Júnior e Cândido Dinamarco, discordam, porém de Delgado, autores como José Carlos Barbosa Moreira, Leonardo Greco, Fredie Didier Júnior e Luiz Guilherme Marinoni.

Percebe-se que entre os chamados autores processualistas a relativização da coisa julgada não é muito bem quista, Didier Jr; Braga; Oliveira (2012, p. 456), ponderando sobre a relativização em um dos seus argumentos afirmam que:

A jurisdição é uma função que tem, basicamente, duas características marcantes. Em primeiro lugar, somente os órgãos jurisdicionais são coagidos a proferir uma decisão. Os tribunais devem decidir qualquer caso que lhe seja submetido, mesmo que não haja lei a respeito do assunto. Não se permite, entre nós, o *non liquet*. Em segundo lugar, a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo. A coisa julgada é uma qualidade jurídica específica do ato jurisdicional. A lei, o ato administrativo e o negócio jurídico podem ser revistos pelo poder judiciário. Os atos jurisdicionais, porém só podem ser revistos pelo próprio poder judiciário, por meio de recursos ou outras formas de impugnação.

Essa qualidade específica (coisa julgada) justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica. Era preciso que alguém desse a última palavra sobre o litígio.

Tem-se o pensamento de Nelson Nery Jr apud Tartuce; Simão (2012), onde aponta que algo próximo da relativização da coisa julgada era utilizado na Alemanha

nacional – socialista, para Nelson Nery Jr a dita relativização traria um precedente perigoso, atentatório ao Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica.

Ao fazer uma apreciação crítica entre a tese da relativização da coisa julgada em face da teoria da justiça, afirmam Marinoni; Arenhart (2008, p. 696) que:

As teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça.

Ao afirmar que as soluções apresentadas são simplistas reconhece o autor que o problema realmente existe, porém o próprio autor não apresenta solução alguma para colaborar na resolução da problemática tanto da coisa julgada inconstitucional, bem como das ações de investigação de paternidade que transitaram em julgado sendo submetidas apenas a provas testemunhais e exame sanguíneo para se eliminar a paternidade, sem ser realizado o exame de DNA que poderia dar uma certeza bem maior ao veredito do juiz, evitando assim injustiça ou erro na decisão.

Nem todos os processualistas, porém comungam do mesmo pensamento de Marinoni e Fredie Didier, fazendo um contraponto ao ensinamento deste, Bueno (2014, p. 390) afirma que:

Partindo das premissas eleitas para seu desenvolvimento, este Curso não pode deixar de acompanhar a corrente que sustenta a necessidade da relativização da coisa julgada. Sua aceitação, contudo, deve depender das especificidades de cada caso concreto – vedada, por sua definição, sua generalização –, em que se possa contrastar, frente a frente, o conflito dos valores envolvidos e verificar em que medida e por quais razões a segurança jurídica, valor predominantemente protegido pela coisa julgada, deve ceder espaço outros valores ou a outros princípios também existentes no ordenamento jurídico.

Na mesma linha de pensamento, Montenegro Filho (2008, p. 567), ao falar sobre os casos de investigação de paternidade encerrados mediante constatação de ausência de provas, externa o seguinte pensamento:

Num entendimento mais liberal, registramos o nosso pensamento no sentido de admitir o reexame dos elementos de uma relação judicial finda, desfechada por sentença acobertada pela coisa julgada, não de modo geral, mas em situações como a narrada, em que a injustiça do pronunciamento se põe em confronto com os princípios relacionados a segurança jurídica.

No âmbito do direito civil, a doutrina tende a admitir a relativização, vendo-a como uma evolução no ordenamento jurídico como afirmam, Farias; Rosenvald (2011, p. 689):

Pensar diferente é voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim avulta afirmar a necessária relativização da coisa julgada pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito à filiação.

Ao defender a relativização Dias (2011, p. 405) aponta a busca pela verdade real como consequência da relativização, expondo seu pensamento da seguinte forma:

O prestígio dado à verdade real, como um dos corolários do direito à identidade, ensejou o fenômeno que passou a se chamar de relativização da coisa julgada. Diante da possibilidade de descoberta da verdade biológica pelo exame de DNA, acabou a jurisprudência por admitir o retorno do filho a juízo, sempre que o resultado da demanda resultara da ausência de prova da paternidade: ou por não ter sido realizado exame pericial ou quando o índice de certeza não tinha alcançado resultado significativo. Também quando a ação havia sido julgada procedente, sem prova pericial ou quando esta ainda dispunha de acanhado grau de certeza, o pai assim declarado passou a buscar a desconstituição da paternidade que lhe foi imposta por sentença.

Percebe-se do ensinamento da autora que há uma valorização dos direitos de personalidade, que são destacados na busca da verdade real ou biológica sobre a identidade genética.

#### 4.3 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SOLUÇÃO ADEQUADA APLICÁVEL AO CASO

Existe uma razão de ser para todos os princípios que foram inseridos na Constituição Federal, servindo estes como garantidores do cumprimento do disposto na Constituição, bem como solucionadores de conflitos estatais ou particulares,

funcionam estes como sanadores das lacunas existentes na legislação. Possuem papel primordial no ordenamento jurídico pátrio.

Celso Bandeira de Melo apud Silva (2009, p. 91) define os princípios da seguinte forma:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido.

Ao falar sobre as acepções atribuídas na filosofia aos princípios, Piovesan (2014, p. 516) divide em quatro, como se verá a seguir:

a) acepção ontológica, pela qual há verdadeira relação de dependência entre princípio e o que dele deriva ( o primeiro é o fundamento do último); b) acepção lógica, pela qual o princípio funciona como diretriz de outras proposições ( seria ele o seu ponto de partida, dotado de generalidade quando em comparação com o dele surgido); c) acepção cronológica, no sentido de antecedente e posterior (*prius e posterius*), estritamente no que tange à sucessão temporal entre ambos; d) normativo, donde o princípio é a diretriz da norma posta, o seu fundamento de validade, de maneira a existir necessária consonância desta com aquele.

Percebe-se que neste bojo de acepções, a normativa ganha ênfase como a que fundamenta a validade da norma, neste contexto o princípio se destaca como fonte primária por excelência do Direito, não apenas como os princípios gerais do direito, dispostos na LINDB, Piovesan (2014).

Os princípios têm sido tratados com tanta relevância no direito que Canotilho apud Piovesan (2014, p. 518), afirma que “[...] o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito, leva a sério os princípios, é um direito de princípios”.

Do exposto se tira a importância basilar dos princípios para regulação e manutenção dos objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito, devendo ser preservados para o efetivo cumprimento das garantias constitucionais.

O tema proposto por este estudo é de se relativizar a coisa julgada, que como já visto neste trabalho, é um instituto previsto na Carta Magna no art. 5º, XXXVI, existe uma razão de a coisa julgada ser imutável, esta razão está consolidada em um princípio, o princípio da segurança jurídica, definido por Jorge Reinaldo Vanossi

apud Silva (2009, p. 433), como o “[...] conjunto de condições que tornam possíveis as pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Tem-se que o princípio da segurança jurídica tem por objetivo garantir que a lei seja cumprida, ou que, a decisão judicial de que não caiba mais recurso terá validade, devendo a mesma ser cumprida. É de suma importância este princípio para o Estado Democrático de Direito, pois imagine a seguinte situação, se em uma demanda judicial a decisão proferida pela justiça pudesse ser modificada a qualquer tempo, que proveito se teria ao ingressar no judiciário, sendo que o que foi decidido hoje poderia ser rescindido a qualquer tempo.

É aí que se mostra a importância da segurança jurídica no ordenamento jurídico, uma vez que o que foi decidido torna-se inviolável, imutável, Marinoni; Arenhart (2008, p. 679) corroboram com esta linha de pensamento, assim afirmando “[...] de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente”. Porém como já foi visto este caráter definitivo pode ser mitigado através dos meios de revisão da coisa julgada já analisados.

A lei traz os casos em que se pode rever a decisão judicial com trânsito em julgado, porém existem casos que não são contemplados pela lei e que no ponto de vista prático trazem prejuízo a outros direitos e desrespeitam outros princípios, como na ação de investigação de paternidade onde a decisão proferida não foi submetida ao crivo de uma prova quase incontestável do ponto de vista científico que é o exame de DNA.

Há do outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, que na visão de Canotilho (2003, p. 225), “[...] trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”.

Entende-se que este princípio é a base de todos direitos fundamentais, tendo importante destaque em relação aos outros princípios dispostos no texto constitucional.

Sobre este princípio a ministra Cármen Lúcia apud Piovesan (2014, p. 537), disserta que “[...] princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que o contrário é juridicamente nulo”.

Ponto de vista bem amplo que dá uma importância primária ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha de pensamento quanto à importância da dignidade da pessoa humana frente a outros princípios constitucionais, Paulo Bonavides apud Piovesan (2014, p. 537) afirma que “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>9</sup> está consagrado no texto constitucional, possuindo atuação em toda Carta Régia, tamanha a sua amplitude. Estando ele inserido tanto na esfera de direitos civis, bem como direitos políticos, econômicos, sociais e culturais.

O Estado funciona como um garantidor deste direito à dignidade, uma vez que o indivíduo para ser sujeito de direito à dignidade não se faz necessário o preenchimento de quaisquer requisitos, ou que se possua alguma característica específica, como leciona Fachin (2010, p. 104):

O indivíduo, na concepção clássica do direito, se insere com o nascimento numa órbita abstrata de direitos subjetivos pessoais e inalienáveis. Entre nascer e viver há, nada obstante, uma sensível distância. Basta perguntar o quanto realiza em suas prerrogativas sociais, como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à justiça, à liberdade, enfim, a uma vida digna.

Posto que a dignidade da pessoa humana é uma característica natural do ser humano, sendo um direito fundamental que este possui, não podendo o Estado reprimir a pessoa humana, valorizando-a de forma igualitária ou inferior as normas e leis, visto que o cidadão é peça central no nosso Sistema Constitucional.

É sabido que os direitos e deveres só existem porque inicialmente a principal orientação foi à garantia dos direitos e deveres do cidadão, tanto é que no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 têm-se apontados tais objetivos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

---

<sup>9</sup> Conforme assevera o art. 1º, III da CF/88 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Certo é que estas garantias previstas no texto constitucional devem ser resguardadas e promovidas pelo Estado, sendo esta uma de suas funções, sabe-se também que estas garantias são irrenunciáveis, devem ser cumpridas, ainda que sobre hipóteses contrárias se queiram diminuir incorretamente seu valor. A pessoa humana é o centro de todas as normas a serem implantadas no Sistema Constitucional, possuindo valor excedente a todas as regras que venham a existir.

Por isso do conflito de princípios constitucionais que venham a existir, a técnica de interpretação adequada para dirimi-lo será a valorização da pessoa humana. Questionado quanto ao princípio constitucional que se utilizaria na solução da lide, a resposta adequada seria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, princípios solucionadores de conflitos tanto entre Estado e particulares, bem como entre entes públicos, sendo também aplicáveis na solução do conflito existente entre princípios no caso concreto, especificamente no caso em análise entre os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Em estudo sobre relativização da coisa julgada Longhinoti [2010, p. 6], assim descreve a aplicação deste princípio na solução do conflito:

O princípio da proporcionalidade é de fundamental aplicação nas situações em que há um conflito aparente de normas constitucionais. Embora não previsto expressamente na Constituição, esse princípio é incluído entre os princípios fundamentais que a regem, coordenando os demais princípios a coibir os excessos, soluciona os conflitos segundo os valores constitucionais, tornando concreta a atuação dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade consiste em se fazer uma ponderação quando da aplicação de princípios, assim evitando exageros nas decisões, a razoabilidade se alia a proporcionalidade na busca de harmonia entre princípios. Segundo Lenza (2011, p. 151), existem três elementos utilizados como parâmetros a serem preenchidos na aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo os seguintes:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção de medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquerido;  
Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados.

Dentro destes três elementos faz-se uma análise para se obter o resultado adequado ao caso no conflito entre princípios, devendo no caso concreto fazer esta análise para se chegar a melhor conclusão nesta ponderação de forma que não se prejudique a pessoa humana.

É certo que não existe um maior que o outro, quanto à dignidade da pessoa e a segurança jurídica, visto serem princípios constitucionais, também sabe-se da importância da pessoa humana para o direito e da relevância que a dignidade da pessoa humana conquistou principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Mesmo com esta igualdade existente entre princípios no caso concreto, incidindo os dois princípios deve-se valorar a dignidade, sobrepondo a segurança jurídica, a luz da proporcionalidade para se fazer esta ponderação em busca do bem comum do direito que é a justiça.

Farias; Rosenvald (2011, p. 687) comungam com esta linha de pensamento, trazendo a seguinte lição:

Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano. Deve-se ponderar pelo princípio da proporcionalidade qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a segurança ou a justiça. E afigura-se nos mais relevante prevalecer a justiça, pois sem ela não há liberdade qualquer.

Percebe-se que esta ponderação feita pela razoabilidade e proporcionalidade, no tocante ao conflito entre os princípios constitucionais da Segurança Jurídica e Dignidade da Pessoa Humana se mostra benéfica ao ordenamento jurídico, uma vez que funcionará como solução para suprir uma lacuna ainda não coberta pelo legislador, que não acompanhou a evolução científica.

Esta ponderação não fará um princípio ruir do ordenamento jurídico ou simplesmente perder prestígio, se tornando inferior ao outro em qualquer circunstância, mas busca dar uma certeza as decisões, fazendo justiça ao caso concreto.

#### 4.4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A relativização da coisa julgada merece um tratamento especial principalmente quando adentra na seara dos direitos fundamentais, como se tem na investigação de paternidade, onde o direito à origem genética é buscado. Sobre o tema Barboza (2010, p. 96) assim se expressa:

[...] deve se dar a proteção a identidade genética, enquanto expressão objetiva da dignidade humana e que contém elementos de individualização da personalidade. Diversos dispositivos constitucionais, ao assegurar direitos individuais, ensejam igualmente a proteção dos interesses ou bens mencionados como integrantes da identidade.

Compreendendo que esta busca pela identidade genética é uma expressão da dignidade da pessoa humana e possui grande relevância, principalmente no ponto de vista de mapeamento e tratamento a doenças adquiridas hereditariamente.

A problemática que envolve o tema relativização da coisa julgada na investigação de paternidade, surge com advento do exame de DNA, desenvolvido pelo geneticista britânico Alec John Jeffreys em 1985, efetivamente o exame de DNA consegue praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,9999%), determinar a paternidade, Farias; Rosenvald (2011).

Vale frisar que este avanço alterou a forma como se identificava a origem genética nas ações de filiação, mesmo com lacunas na legislação a jurisprudência tenta atualizar o ordenamento jurídico aos avanços ocorridos mitigando a coisa julgada em ações de investigação de paternidade que transitaram em julgado por insuficiência de provas produzidas na ocasião da prolação da sentença, assim ensinam Farias; Rosenvald (2011, p. 686-687):

Historicamente, a coisa julgada na ação de investigação de paternidade esteve submetida ao sistema processual clássico, tornando imutáveis os efeitos decorrentes da sentença de mérito, contra a qual não mais seja cabível qualquer recurso.

Importante destacar que esse novo sistema de regramento da coisa julgada independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado aos casos concretos, a partir das concepções e princípios constitucionais, visando promover a dignidade da pessoa humana e a isonomia substancial, determinadas constitucionalmente.

Cabe salientar que não se busca mitigar os efeitos da coisa julgada em todas as ações de investigação de paternidade, mas sim nas ações que transitaram em julgado por falha ou insuficiência de provas, não sendo submetidas ao exame de DNA que pode ser prova incontestável no processo. O que se quer é que passando pelo crivo do exame de DNA se possa avançar na busca da verdadeira identidade genética, coisa que não foi possível nestas ações. Sobre a extensão desta aplicação Cândido Dinamarco apud Gonçalves (2013, p. 367) afirma que a relativização da coisa julgada deve aplicar-se:

[...] a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é.

A realidade é que o problema existe no caso concreto e há necessidade que se tome medidas adequadas para satisfação do direito e que os vereditos sejam realmente acobertados pela justiça, por isso doutrinadores e magistrados começaram a compreender a necessidade dessa relativização no caso concreto, tanto é que em 2002 foi aprovado na Jornada de Direito Civil o enunciado n. 109 do Conselho de Justiça Federal com a seguinte redação: “[...] a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova, não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigado”, Diniz (2013, p. 556).

Observando a injustiça existente ante a impossibilidade de se obter a verdade real quanto à origem genética, ao tempo da ação não se tendo disponível uma ferramenta precisa como o exame de DNA, começou-se a ingressar no judiciário para se ter a possibilidade de revisão das decisões com trânsito em julgado, mesmo aquelas cujo prazo da ação rescisória havia se esgotado, os casos foram ganhando relevância até chegarem à Suprema Corte que se pronunciou sobre a relativização da coisa julgada na investigação de paternidade no Recurso Extraordinário nº 363.889 do Distrito Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE

EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR 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.

O STF atribuiu repercussão geral a este recurso, dando fortes traços de que deve adotar esse entendimento, visto que o tribunal superior entendeu que obstáculos processuais não podem obstar direitos fundamentais como à busca pela identidade genética.

A doutrina defende outras formas de adquirir este direito, como a flexibilização da ação rescisória Bueno (2014), atento à necessidade de adequação do ordenamento jurídico à realidade social alterou o legislador no novo CPC a ação rescisória propondo a seguinte redação ao art. 975:

O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

[...] § 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Quis o legislador aumentar o prazo da ação para situações onde o autor obtiver, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Em estudo sobre o NCPC, Santos, W. (2013, p. 714-715) afirma o seguinte quanto à questão das modificações na ação rescisória:

A modificação é significativa, pois soluciona a problemática existente a respeito do cabimento de outro meio de prova nova, como o exame pericial, do qual não se pode dispor ao tempo do julgado objeto da rescisão e que seja capaz de alterar a decisão rescindida.

Por mais que a boa parte da doutrina e da jurisprudência defenda o cabimento da ação rescisória em caso como o de investigação de paternidade e o surgimento do exame de DNA, a interpretação “elástica” é feita muito mais por questão de justiça do que técnica, já que esta hipótese de cabimento – documento novo – é prevista justamente pelo fato de a decisão rescindível ostentar injustiça a ser eliminada pela ação rescisória.

Assim, qualquer “prova nova”, estranha a causa – ou seja, de existência ignorada ou que não pode dela fazer uso por motivos alheios a sua vontade – onde foi proferida a decisão rescindenda, e capaz, por si só, de alterar a conclusão do julgamento constitui-se hipótese de cabimento da ação rescisória.

No pensamento exposto se vê que o legislador tem buscado através das recentes alterações na ação rescisória contemplar os casos onde não se podia mais ingressar com a ação, porém este fato trazia uma sensação de injustiça, sendo assim procura suprir as lacunas quanto às decisões injustas que antes não poderiam ser revistas, buscando equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica.

## 5 CONCLUSÃO

Do ponto de vista prático, a relativização consiste numa ampliação das hipóteses de revisão da coisa julgada. A comprovação de que a coisa julgada material não é absoluta está justamente na possibilidade de revê-la através da ação rescisória no direito civil e da revisão criminal na esfera penal.

Compreende-se então que a teoria defendida inicialmente por José Augusto Delgado, Ministro do STJ, busca uma evolução na compreensão do instituto da coisa julgada, objetivando adequá-lo à evolução científica, bem como aos anseios da sociedade atual.

A proposta de relativizar a coisa julgada na investigação de paternidade não é algo que deva ser banalizado, levando toda e qualquer demanda a ser reapreciada, na verdade, este entendimento se mostraria insensato visto que se relativizar em qualquer hipótese traria uma insegurança uma vez que nem todas as demandas carecem de tal revisão.

O presente estudo se propôs a restringir a hipótese de revisão de coisa julgada aos casos em que não foi possível se utilizar do exame de DNA como meio de prova no processo.

Ao longo do estudo se percebeu que houve inúmeras alterações legislativas quanto ao reconhecimento de filhos, sendo que em tempos passados filhos havidos fora do matrimônio não tinham tanta proteção do estado, de forma que para se obter prova da filiação tinha que se percorrer um longo caminho, além das dificuldades legais o filho que buscava reconhecimento esbarrava ainda no preconceito da sociedade e nos poucos meios de provas.

Com a evolução do pensamento e legislação em relação à filiação, sobretudo com base no princípio da igualdade entre os filhos, houve mudança também no pensamento da sociedade, uma vez que se concluiu que o filho não deveria pagar pelo erro do pai, assim muitas ações de reconhecimento foram propostas.

A ciência também evoluiu neste período de tempo, principalmente na seara dos estudos da genética, desde a descoberta de Mendel sobre o sequenciamento genético até o exame de DNA em 1985 trazido por Alec Jeffreys, com a técnica de impressão e perfil de DNA desenvolvidas pelo geneticista britânico, foi possível estabelecer com um nível de certeza bem maior a identificação do genitor.

Contudo, a técnica só chegou ao país em meados da década de 90, antes de sua inserção na ciência forense brasileira, utilizavam-se métodos bem menos confiáveis para se obter um veredito quanto a filiação.

As provas que se utilizavam eram em sua maioria provas testemunhais, provas estas que tornavam a decisão duvidosa, visto a fragilidade do meio de prova, do ponto de vista científico o meio mais utilizado era a identificação do fator sanguíneo que servia apenas para excluir a paternidade, ou seja, ele não afirmava se o indivíduo era o pai, apenas dizia que não era ou se tivesse o mesmo tipo sanguíneo abriria uma possibilidade para uma possível paternidade.

Tendo estas informações, pode-se perceber a tamanha evolução que foi o exame de DNA, uma vez que este sim com 99,999% de certeza traz a determinação quanto à paternidade ou não. Sendo assim, é óbvio que as pessoas ingressaram em demandas judiciais e não puderam contar com tal exame quiseram se submeter a ele para se ter uma certeza do que foi decidido, sobretudo os filhos que tiveram seus pedidos negados por falta de provas.

Ao se submeter ao exame poderia se encontrar a verdade real quanto à filiação, dirimindo qualquer dúvida quanto a ela. No entanto, existem demandas que já tiveram suas decisões finais e não passaram pelo crivo de tal exame, estas decisões revestidas pela coisa julgada deveriam ser revistas e o meio legal seria por meio de ação rescisória com prazo de dois anos.

Por possuir um prazo determinado a ação rescisória não seria capaz de abranger todos os casos das sentenças com trânsito em julgado uma vez que o DNA só foi difundido no Brasil na década de 90, neste caso as demandas já encerradas não poderiam ser revistas.

Neste contexto é que se insere o objeto deste estudo, uma vez que ao deixar de apreciar o caso concreto onde se tem a possibilidade de chegar a uma certeza quanto ao objeto da demanda e esta possibilidade se vê afastada por conta de impedimentos processuais.

Certo é que a segurança jurídica é importante para o ordenamento jurídico como já foi enfatizado neste trabalho, porém outros princípios como a verdade real e a dignidade da pessoa humana também se mostram relevantes para que se possa ter um direito justo e isonômico, tanto é assim que a doutrina e principalmente a jurisprudência têm reconhecido a importância de se adequar as decisões à realidade vivida pela sociedade.

Durante esta pesquisa pôde-se observar que mais do que orientações jurisprudenciais, se faz necessário uma alteração legislativa para que casos como estes não possam deixar de ser apreciados. O legislador vendo esta lacuna existente tem buscado formas de supri-la, uma delas tem sido a alteração no prazo da ação rescisória proposta no texto do NCPC, passando a regular este e outros casos similares que venham a aparecer.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **A Proteção à identidade Genética**. In: FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio (Org.) Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

\_\_\_\_\_. Código Civil. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 4.732, de 24 de setembro de 1942. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm)>. Acesso em: 04 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acesso em: 04 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução de sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 04 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. **Revoga o artigo 358 da lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916 – Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7841.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm#art1)>. Acesso em: 03 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm)>. Acesso em: 05 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.004, de 09 de julho de 2009. **Altera a lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento e dá outras providências..** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm#art2)>. Acesso em: 05 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art5)>. Acesso em: 05 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Dispõe sobre a reprodução assistida**. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 363.889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 02/06/2011, Publicação: DJe-238 16/12/2011. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28363889%2EENUME%2E+OU+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ncfgbwt>>. Acesso em: 27. Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 109142/RS**, Quarta Turma, Relator: Ministro César Ásfor Rocha, Data do Julgamento: 06/09/2001, Data da Publicação: DJ 06/09/2001. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8748170/recurso-especial-resp-109142-rs-1996-0060899-7>> Acesso em: 25 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**, Segunda Seção, Data do Julgamento: 18/10/2004, Data da Publicação: DJ 22/11/2004. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&i=10&i=215#DOC215> > Acesso em: 18 dez 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 2012.058872-1**, Relator: Desembargador Fernando Carione, Data do Julgamento: 11/09/2012, Data da Publicação: DJSC 14/09/2012. Disponível em: < [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSC/IT/AC\\_20120588721\\_SC\\_1374807100355.pdf?Signature=n9HIZ32pbBch6sAmsRwlqvwS5zs%3D&Expires=1418667990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=82c8825bb3cd23379cddb42607320d7c](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSC/IT/AC_20120588721_SC_1374807100355.pdf?Signature=n9HIZ32pbBch6sAmsRwlqvwS5zs%3D&Expires=1418667990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=82c8825bb3cd23379cddb42607320d7c) > Acesso em: 15 dez 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: ordinário e sumário**, vol. II, tomo I – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões contemporâneas (maio 2006) sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere frontamente postulados e princípios explícitos e implícitos da constituição federal. Manifestações doutrinárias**. Disponível em: < [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjABahUKEwj90IP80IXGAhVBjw0KHUUrAIU&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.jus.br%2Finternet\\_docs%2Fministros%2FDiscursos%2F0001105%2FRELEXOES\\_CONTEMPORANEAS\\_1.doc&ei=WHF4Vf3ED8GeNsXWgKgl&usg=AFQjCNHSSiJBjnen0XwRj-01zKDE6B\\_8Rw&bvm=bv.95039771,d.eXY](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjABahUKEwj90IP80IXGAhVBjw0KHUUrAIU&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.jus.br%2Finternet_docs%2Fministros%2FDiscursos%2F0001105%2FRELEXOES_CONTEMPORANEAS_1.doc&ei=WHF4Vf3ED8GeNsXWgKgl&usg=AFQjCNHSSiJBjnen0XwRj-01zKDE6B_8Rw&bvm=bv.95039771,d.eXY)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil: *quieta non movere*. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 35-43, abr.-jun. 2011. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242942/000939981.pdf?sequencia=3>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

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

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela, vol. II - 7 ed. – Bahia: *jusPODIVM*, 2012.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, vol. III - 10 ed. – Bahia: *jusPODIVM*, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**, volume 5 : Direito de Família. 28 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: Um Diálogo Constitucional Contemporâneo**. In: FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio (Org.) Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume VI: Direito de Família - As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo de conhecimento e recursos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; - volume 6 : Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**: Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. **Revista Brasileira e Direito de Família**, Porto Alegre, IBDFAM/ Síntese, ano V, n. 19, p.133-153, ago.-set. 2003.

LONGHINOTI, Cristian Bazanella. Da Relativização da Coisa Julgada: Princípios Norteadores e Formas de Relativização. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/CRISTIAN%20LONGHINOTI2%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Coisa julgada e questão prejudicial no novo cpc: não se mexe em time ganhando. **Portal JusBrasil**. Disponível em: <<http://marcelopacheco2.jusbrasil.com.br/artigos/121942944/coisa-julgada-e-questao-prejudicial-no-novocpc-nao-se-mexe-em-time-ganhando>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, vol. II – 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. – 4. ed. – 4. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Ernane Fidélis dos, 1940 – **Manual de Direito Processual Civil**. 14 ed., de acordo com a Lei n. 12.016/2009. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação Rescisória no Projeto de Novo CPC: Do Anteprojeto ao Relatório-Geral da Câmara dos Deputados**. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.) *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Bahia: jusPODIVM, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v.5: direito de família. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

ZENI, Bruna Schlindwein. A Evolução Histórico – Legal da Filiação no Brasil. **Revistas Eletrônicas Unijuí**, set. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>>. Acesso em: 03 dez. 2014.