

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

TATIANE DIAS GUARITA LEITE

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE

SOUSA
2013

TATIANE DIAS GUARITA LEITE

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

SOUSA

2013

TATIANE DIAS GUARITA LEITE

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria dos Remédios
de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: ____/____/____.

Orientadora: Prof.^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Examinador 1: Prof. Eduardo Pordeus Silva (UfCG)

Examinador 2 (UFCG)

Dedico este trabalho, a DEUS, Pai todo poderoso, que sempre esteve presente em minha vida dando-me sabedoria. Aos meus pais pelos esforços para que eu e minha irmã estivéssemos uma formação de qualidade, e hoje esse trabalho é fruto do que eles plantaram.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por ter me concedido a vida e sabedoria para não só desenvolver este trabalho, mas também para perseverar na realização dos meus sonhos, bem como pelas pessoas que Ele colocou na minha vida.

Aos meus pais, Agamenon Guarita e Aparecida Leite, que não mediram esforços para que eu chegasse até aqui. Obrigada pela fé e confiança que vocês sempre depositaram em mim fazendo disso uma motivação.

A minha querida irmã Tamires, pelo amor e confiança. Obrigada por ser a minha irmã.

A Tia Fancisquinha, pelo apoio e incentivo.

Aos demais familiares e irmãos, pelo apoio e credibilidade em mim depositados.

A Felipe, meu namorado e amigo, pelo amor, carinho, compreensão, pelas palavras de conforto nos momentos árdusos e pelas as ajudas no decorrer não só do curso, mas durante todo o tempo que estamos juntos.

À professora Maria dos Remédios, pelas sugestões dadas, pela sua orientação e dedicação.

As minhas amigas-irmãs, Rossana Costa e Andressa Andrade, que nem a distância destruiu essa amizade, obrigada pelo apoio que vocês sempre me deram.

As minha amigas de longas datas Lorena Nogueira, Thyare Kaelly, Raquel Moésia, Jessica Moura, Camila Moésia, obrigada por fazerem parte da minha vida e sempre poder contar com vocês.

As pessoas a quem tive o privilégio de conhecê-las e dividir um pouco da minha história, são pessoas que jamais irei esquecer-las e quero sempre cultivar essa amizade: Thainá Lopes, Emanuela Cardoso, Kalina Dantas, Geisa Teixeira, Paula Monique, Mayara Rodrigues, Lígia Emanuele, Thaune Cunha, Lorena Nunes, Rafaelle Luna.

Aos meus colegas, em especial, Nathalia Maenia, Pabla Renata, Wanessa Lira, Jardel Feitosa, pessoas que não só compartilhei conhecimentos, mas experiências que só entre amigos são divididas, entre nós não existiu apenas coleguismo e sim amizade.

A todos os sousenses que conheci, obrigada pela hospitalidade. Hoje a cidade sorriso faz parte da minha história.

E aos demais que sempre estiveram ao meu lado me apoiando e incentivando, dando-me forças para a realização de mais um sonho.

Paternidade? O filho e os sentimentos que ele faz nascer é uma realidade que faz sentir e pensar a paternidade de Deus.

Fabio Savantin

RESUMO

Esta monografia analisa a tese da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. O principal objetivo foi verificar a possibilidade de relativizar a coisa julgada da sentença transitada em julgado em ação de investigação de paternidade que tenha sido julgada improcedente por falta de provas, em face da não realização do exame de DNA. Foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Por muito tempo a doutrina e a jurisprudência não admitia a relativização da coisa julgada fora dos casos legais. Entretanto, surgiu uma corrente doutrinária que defendeu a relativização da coisa julgada mesmo em situações não previstas em lei. A corrente contrária à relativização entende que a coisa julgada tem caráter absoluto, somente admitindo a revisão da decisão nos casos previstos em lei. Já a corrente favorável defende a tese de que a coisa julgada é relativa, podendo ser afastada quando houver conflito com outros princípios também constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho traz os avanços dos meios probatórios aptos a reconhecer a filiação biológica, principalmente com o surgimento do exame de DNA. O objetivo do presente trabalho é defender a possibilidade de relativização da coisa julgada em virtude da existência de conflito entre a segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. O método de abordagem aplicado na realização desse trabalho foi dedutivo estudando-se primeiro a evolução do direito de família, partindo de alguns princípios fundamentais, para em seguida defender a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Nesta pesquisa empregou-se ainda o método e a técnica de pesquisa documentação indireta, utilizando uma vasta bibliografia acerca da possibilidade de relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Valendo-se também do método interpretativo e comparativo, manifestando as decisões jurisprudenciais relativas a essa relativização.

Palavras-Chave: Investigação de Paternidade. Coisa julgada. Exame de DNA Relativização.

ABSTRACT

This monograph examines the theory of relativity of res judicata in actions paternity investigation. The main objective was to analyze the possibility of relativizing the res judicata of a judgment has become final, in action research paternity has been dismissed for lack of evidence, because it was not done the DNA test. We performed extensive research doctrinal and jurisprudential. For a long time the doctrine and jurisprudence did not admit relativization of res judicata outside the legal cases. However, there was one that defended the current doctrinal relativism of res judicata even in situations not provided for by law. The current counter relativization understands that res judicata is absolute, admitting only that the review of the decision in the cases provided by law. Since the current favorable defends the thesis that res judicata is relative and can be removed when there is a conflict with other constitutional principles as well as the principle of human dignity. The paper presents the advances of media evidentiary able to recognize the biological parentage, especially with the advent of DNA testing. The objective of this paper is to defend the possibility of relativizing res judicata by virtue of the existence of conflict between legal security and human dignity. The method of approach used in conducting this study was the first deductive studying the evolution of family law, from some fundamental principles, then to defend the possibility of relativizing res judicata in actions paternity investigation. In the research we used the method further research and technical documentation indirectly, using a vast literature on the possibility of relativizing the thing judged on the actions of paternity investigation. Relying also on comparative and interpretive method, expressing the jurisprudential decisions concerning this relativization. The paper presents the advances of media evidentiary able to recognize the biological parentage, especially with the advent of DNA testing. The objective of this paper is to defend the possibility of relativizing res judicata by virtue of the existence of conflict between legal security and human dignity.

Keywords: Research Paternity. Res judicata. DNA test. Relativization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA	15
2.1 LINEAMENTO HISTÓRICO DA ENTIDADE FAMILIAR	15
2.2 CONCEITO E CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA	18
2.3 A NATUREZA JURÍDICA E AS CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DAS NORMAS PERTINENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.4 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	22
2.4.2 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges ou Companheiros	23
2.4.3 Princípio Igualdade Jurídica de Todos os Filhos	25
2.4.4 Princípio da Não Intervenção ou Liberdade	26
2.4.5 Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente	27
2.4.6 Princípio da Afetividade	28
2.4.7 Princípio da Pluralidade da Entidade Familiar	29
3 COISA JULGADA	30
3.1 CONCEITO	30
3.2 MODALIDADES DA COISA JULGADA	31
3.2.1 Coisa Julgada Formal	31
3.2.2 Coisa Julgada Material	32
3.3 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA	35
3.4 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	35
3.5 MODOS DE PRODUÇÃO DA COISA JULGADA	36
3.6 EFEITOS DA COISA JULGADA	37
3.7 COISA JULGADA E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUADAS	39
3.8 MEIOS TÍPICOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA	40
4 POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	43
4.1 ESBOÇO HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DE FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO	43
4.2 CONCEITO E ESPÉCIES DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE	44
4.2.1 Reconhecimento voluntário de filhos	45

4.2.2 Reconhecimento parental forçado	47
4.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NAS AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....	48
4.4 ELEMENTO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	50
4.5 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: BUSCA DA VERDADE REAL E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA	55
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A paternidade é um tema que sempre foi bastante discutido na doutrina e na jurisprudência brasileira. Antigamente, quando, por exemplo, não havia exames de verificação da paternidade, muitos pedidos de ação de investigação de paternidade eram julgados improcedentes por falta de provas.

A coisa julgada ao passo que obsta a perpetuação dos conflitos de interesse, garantindo estabilidade e segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário demonstra ser um instituto de relevante importância no ordenamento jurídico.

Entretanto, as decisões judiciais, são proferidas por seres humanos, assim podendo conter vícios ou irregularidades. Desta forma, a lei prevê algumas situações, que permitem a modificação/relativização de tais decisões, que são exceções à regra da inalterabilidade da coisa julgada. Tais modificações ocorrem por meio de uma ação autônoma, conhecida por ação rescisória. Essa é possível nos casos que a própria lei prevê um prazo de até dois anos após o trânsito em julgado da sentença.

No caso em análise, com o trânsito em julgado da sentença, a parte, em tese, ficaria impedida de saber sua paternidade mesmo com o surgimento de novas provas, como exemplo o exame de DNA.

Em razão desse fato, a doutrina e a jurisprudência questionam se a coisa julgada da sentença deve prevalecer sobre as novas provas.

Uma primeira corrente defende que a coisa julgada é considerada absoluta não podendo ser afastada pelo surgimento de novas provas.

Já para outra corrente há em jogo os princípios constitucionais e nesse caso concreto, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana devendo relativizar o princípio da segurança jurídica.

O objetivo primordial deste trabalho é analisar a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência ou precariedade de provas.

A justificativa para este trabalho consiste no surgimento de uma prova em especial o DNA, que seu objeto caracteriza-se em determinar uma certeza quase que absoluta na identificação genética de uma pessoa. Desta forma garantindo o

direito ao respeito à dignidade da pessoa humana, à identidade genética e à filiação. Diante de tal descoberta fica viável a relativização da coisa julgada na investigação de paternidade, visto que o surgimento de um documento novo favorece a isso. Além da descoberta de uma nova prova possibilitar o destrancamento da ação. Considera-se ainda que ao ponderar o princípio da dignidade da pessoa humana, que incide sobre a pessoa que deseja saber a sua ascendência genética e o da segurança jurídica que se encontra na imutabilidade do dispositivo da sentença, ou seja, na coisa julgada, o da dignidade da pessoa humana prevalece, dessa forma enfatizando ainda mais a possibilidade de relativização da coisa julgada na investigação de paternidade julgada improcedente por superveniência de provas.

Neste presente trabalho o método de abordagem será o dedutivo, partindo das teorias para se chegar aos casos concretos, utilizando-se de técnicas para a coleta de informações prevalecendo a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, trabalhos científicos, bem como pesquisa legal e jurisprudencial. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro nos amparamos na Constituição Federal. Será também empregado o método histórico, através de uma abordagem sobre a evolução histórica do direito de família.

O método exegético-jurídico será empregado neste estudo, a partir de uma maior compreensão dos dispositivos legais expressos na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Processo Civil. Valendo-se também do método interpretativo e comparativo, manifestando as decisões jurisprudenciais relativas à relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade. Ressalta-se que haverá predominância da pesquisa teórica e instrumental, fazendo uso de legislação e jurisprudências.

A problemática apresentada é se é possível a relativização de uma sentença, transitada em julgado, que julgou improcedente um pedido de reconhecimento de paternidade por falta de provas, em virtude de uma prova apta, em especial o exame de DNA, a reconhecer a filiação. Visto que a coisa julgada na ação de investigação de paternidade pode gerar uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ser considerada imutável, a ocorrência da superveniência de provas teria óbice nos efeitos da coisa julgada.

Será verificado que o direito ao reconhecimento de sua paternidade está intimamente ligado aos direitos da personalidade do indivíduo, essencialmente, ao

direito de conhecer sua identidade biológica. Esse direito, com a Constituição Federal de 1988, foi assegurado a todos os filhos, não importando qual a sua origem, se proveniente do casamento ou não, tudo isso, em razão do princípio da isonomia dos filhos.

Com o avanço da ciência e da tecnologia, principalmente com o surgimento do exame de DNA, possibilitou, com quase absoluta certeza, a identificação do ascendente biológico de um indivíduo. Em razão disso, passou-se a ter uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de relativizar as sentenças transitadas em julgado, que em ações de investigação de paternidade julgaram improcedente o pedido de reconhecimento em razão de falta de provas.

Para desenvolver essa ideia central, esse trabalho monográfico foi composto de três capítulos, onde serão analisados os temas referentes à possibilidade de se relativizar uma decisão judicial transitada em julgada diante da falta de provas apta a identificar a paternidade.

No primeiro capítulo, serão analisados os institutos referentes ao direito de família, seu conceito e conteúdo, sua evolução ao longo do tempo e os princípios que regem esse instituto, que é à base de toda sociedade. Nele será visto que a regulamentação da filiação passou por uma grande evolução no ordenamento brasileiro, desde a forte discriminação entre filhos havidos por ocasião do casamento e os havidos fora desse instituto, até a atribuição de igualdade de direitos entre eles.

No segundo capítulo será analisado o instituto da coisa julgada, estabelecendo a proteção que é dada a ela pelo ordenamento jurídico brasileiro, explicando as diferenças existentes entre a coisa julgada material e formal, seus limites objetivos e subjetivos, seus efeitos e as possibilidades legais de impugnação desse instituto.

Para finalizar o trabalho, será analisada a relativização nas ações de investigação de paternidade. Nele será abordado o reconhecimento de filhos no direito brasileiro, desde o seu histórico até as espécies de reconhecimento. Também serão analisados os aspectos processuais da ação de investigação de paternidade referente à legitimidade ativa e passiva e os elementos probatórios aptos a identificar a origem biológica do indivíduo. Por último, será analisada a possibilidade de relativizar a coisa julgada nessas ações mediante a discussão doutrinária e

jurisprudencial se é ou não permitido essa relativização fora dos casos previstos em lei.

A presente monografia cujo título é relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade tem a intenção de demonstrar que as ações julgadas improcedentes por insuficiência ou precariedade de provas, após o trânsito em julgado da sentença gera um conflito entre a coisa julgada material e o direito ao reconhecimento de sua identidade biológica, gerando com isso, um conflito entre dois princípios constitucionais, o da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana, respectivamente.

2 INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

É de suma importância a análise do surgimento do direito de família e sua evolução para que haja uma compreensão das inovações vivenciadas nas famílias, a exemplo da liberdade sexual, do espaço conquistado pela mulher na sociedade, da desbiologização da paternidade, das mudanças no padrão do comportamento social, da proteção aos conviventes, da rápida desvinculação dos filhos do poder familiar, entre outros. Tais mudanças devem ser reanalisadas dentro das novas diretrizes inseridas pela Constituição Federal conforme os princípios, que serão tratados adiante.

Neste capítulo, buscou-se verificar o direito de família tratando-se do lineamento histórico da entidade familiar, conceito e conteúdo do direito de família, a natureza jurídica e as características especiais das normas pertinentes ao direito de família, bem como os princípios regentes do direito de família em especial os seguintes princípios: da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos, da não intervenção ou liberdade, do superior interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da pluralidade da entidade familiar

2.1 LINEAMENTO HISTÓRICO DA ENTIDADE FAMILIAR

No campo social e jurídico a família é o instituto que mais sofreu alterações seja no conceito, na compreensão ou na extensão.

No período das primeiras civilizações de destaques, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a família consistia em uma entidade ampla e hierárquica, restringido, atualmente, ao campo quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo ambiente.

Nas civilizações primitivas o grupo familiar não se firmava em relações individuais, visto que, ocorria a endogamia, na qual ocorriam as relações sexuais entre todos os integrantes de uma tribo. Mas, com o passar dos tempos, as

guerras, a carência feminina e até mesmo uma evolução da vida primitiva fizeram com que os homens procurassem mulheres de outras tribos para manterem relações sexuais. Observando-se assim a exogamia, que corresponde à manifestação contra o incesto no meio social.

No decurso histórico, surge a monogamia, ato em que o homem busca exclusividade criando uma família e faz a família constituir relações individuais. Tal ato dá impulso em benefício da prole e ensejo ao poder paterno.

No âmbito do direito romano, a família era submetida ao princípio da autoridade, exercido pelo *pater famílias*. Conforme Gonçalves (2010, p. 31):

Podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater famílias* detinha o poder sobre seus filhos inclusive sobre a vida e morte deles, bem como, o de repudiar a esposa, pois essa era totalmente subordinada ao poder marital. Constituía uma autoridade sobre todos os membros da família não emancipados, inclusive sobre a esposa e as mulheres casadas com seus filhos com *manus*. A família era considerada unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional concomitantemente.

Em meados do século IV, com o imperador Constantino, é inserido no direito romano o conceito cristão da família, em que deixa de priorizar a autoridade *pater*, e passa a dar preferência à preocupação moral. Nesse momento, as mulheres e os filhos passam a ter mais autonomia.

Durante a Idade Média, as relações familiares subordinavam-se tão somente ao direito canônico, em que o casamento religioso consistia em um sacramento e que não podia ser dissolvido. Mesmo com as influências das normas romanas em face ao pátrio poder e as relações patrimoniais entre os cônjuges, havia forte incidência das regras de origem germânica.

O Estado passou a regulamentar o casamento, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como amparo da família.

O Código Civil de 1916 regulamentava a família como sendo constituída unicamente pelo casamento, nos moldes patriarcal e hierarquizada. Oliveira e Hironaka (*apud* DIAS, 2010, p. 30) aduzem que o Código Civil de 1916:

Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.

O Código Civil de 1916 buscou preservar o casamento, assim discriminando o vínculo extramatrimonial e os filhos ilegítimos, ou seja, aqueles havidos fora do casamento. O pátrio poder era exercido pelo pai, os filhos eram tratados de forma desigual e a mulher era considerada relativamente incapaz, sendo apenas uma projeção do marido, possuindo direitos totalmente limitados.

A evolução que a família brasileira sofreu permitiu alterações legislativas, dentre elas: o Estatuto de Mulher Casada, em que a mulher deixa de ser relativamente incapaz, e assim passou a existir igualdade entre os cônjuges, mesmo predominando o patriarcalismo na família; e o Divórcio, que extinguiu a indissolubilidade do casamento.

A Constituição Federal de 1988 deixou de lado o preconceito e a hipocrisia até então presente na legislação brasileira, trazendo relevantes modificações no campo normativo da família, sendo considerado o marco de atualização da norma. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher, protegeu todos os membros da família de forma igualitária, estabeleceu igualdade entre os filhos, reconheceu a união estável como entidade familiar, entre outros.

O Código Civil de 2002 segundo Pereira (apud GONÇALVES, 2010, p. 34):

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável”, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

O Código Civil de 2002 é um compêndio de todas as mudanças sociais havidas em meados do século XIX e da Constituição Federal de 1988. Trazendo diversas inovações: ampliando o conceito de família, considerando a união estável

como entidade familiar; introduzindo a igualdade entre os filhos; conferindo nova disciplina acerca da invalidade do casamento; introduzindo nova disciplina do instituto da adoção; disciplinando a prestação de alimentos; mantendo a instituição do bem de família; resguardou o poder familiar para ambos os pais; valorizando o afeto como agregador familiar, etc.

As alterações no direito de família, provenientes da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, evidenciaram e enfatizaram a função social da família no direito brasileiro.

2.2 CONCEITO E CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é um ramo de direito civil, que regulamenta as relações entre os indivíduos de uma família, seja no aspecto pessoal ou patrimonial.

Para Beviláqua (*apud* VENOSA, 2010, p. 9) o conceito de direito de família consiste em:

[...] é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Com relação ao conceito de Beviláqua é necessário acrescentar que são normas reguladoras de uniões sem o casamento, visto que a união estável passou a ser considerada entidade familiar bem como família monoparental, aquela que é formada por um dos pais e seus descendentes.

Portanto, o direito de família é um ramo do direito civil referente às relações entre pessoas unidas pelo casamento, pela a união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial que correspondem à tutela e curatela. Ora regulamentando relações pessoais, ora relações patrimoniais, ora assistenciais.

O direito matrimonial regulamenta o casamento, esse que foi o pioneiro para o surgimento de normas básicas do direito de família.

O instituto do casamento sempre gozou de proteção legal, visto que atendia aos interesses da Igreja e do Estado ao buscar preservar a moralidade. Antes da Constituição de Federal de 1988, a família só era reconhecida mediante o casamento, o qual tinha como características a indissolubilidade e sendo passível apenas de anulação.

No entanto família era considerada matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Com a função de fornecer mão de obra para o Estado e manter o patrimônio, assim valorizando o elemento biológico para sua efetivação.

Hoje o casamento está previsto no Código Civil de 2002 no artigo 1.511, o qual aduz que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Dessa forma o casamento é uma das formas de constituir família e se caracteriza pela comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

O direito matrimonial abarca diversas normas: a validade do casamento, regulamentando a capacidade, os impedimentos e as causas suspensivas, as provas, a celebração, as formas de nulidade e anulabilidade; as relações pessoais entre os cônjuges atribuindo direitos e deveres recíprocos, as relações econômicas ao constituir o regime de bens entre os cônjuges; e também a dissolução do casamento e da sociedade conjugal.

Antigamente a união estável era considerada ilegal, visto que a legislação só permitia a família matrimonial. Os filhos fora do casamento eram tidos como ilegítimos, sendo alvo de discriminação. A concubina não possuía direito algum com o rompimento da relação.

Apesar de toda essa rejeição social, aos poucos a união estável foi ganhando espaço na sociedade, até o momento em que foi admitida e protegida pela Constituição Federal de 1988, que conceituou-a como entidade familiar, mediante a recomendação da conversão em casamento.

O Código Civil estabeleceu requisitos para o reconhecimento da união estável que são convivência, existência de afetividade, durabilidade, estabilidade, publicidade; bem como deveres e direito aos conviventes; garantiu alimentos; estabeleceu o regime de bens e garantiu direitos sucessórios.

O direito parental regulamenta as relações de parentesco, essa que consiste num vínculo que une pessoas, seja por relação consanguínea, de afinidade ou de ordem civil, instituindo normas incidentes na filiação, adoção, poder familiar, e alimentos.

Nesse inteirem a filiação é uma relação de parentesco entre pais e filhos, ou seja, entre pessoas que geraram ou criaram com o objetivo de alcançar o desenvolvimento de sua personalidade e conseqüentemente sua potencialidade. Portanto, é uma relação consanguínea ou não, que gera efeitos no âmbito jurídico.

Observe-se que a adoção é o ato jurídico solene que estabelece vínculo fictício de filiação, o qual permite uma pessoa ser filho não biológico de outrem, esse possuindo todos os direitos e deveres dos filhos consanguíneos, inclusive os sucessórios, perdendo, dessa forma, todo o vínculo com sua família biológica.

O Poder familiar é o poder exercido pelos pais em condições de igualdade, aos quais são conferidos direitos e deveres pertinentes à pessoa e os bens do filho menor e não emancipado, com o intuito de proteger os filhos.

Nesse contexto a alimentos compreendem tudo que for necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, como: alimentação, vestuário, moradia, saúde, educação e lazer.

Observe-se que o direito assistencial, por sua vez, é regulamentado pelos institutos de direito protetivo relativos às relações que substituem a família, que são a guarda, a tutela e a curatela.

Portanto a guarda é um instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, colocando este em família substituta ou em associação até a regularização de fato da posse deste.

Já tutela é um instituto assistencial, pelo qual é conferido por lei poder a uma pessoa capaz, para resguardar os bens e os direitos do menor que está fora do poder familiar.

E por fim, a curatela é um encargo público conferido por lei a uma pessoa, para resguardar e administrar os bens e a pessoa maior incapaz seja por enfermidade ou deficiência mental.

2.3 A NATUREZA JURÍDICA E AS CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DAS NORMAS PERTINENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA

Não há nada mais privado do que o seio familiar, lugar que o homem nasce, desenvolve, vive, ama e morre, portanto é a base da sociedade.

Apesar das normas cogentes ou de ordem pública incidentes na família, ou seja, a submissão às normas imperativa, as quais o Estado protege a família e ordena as relações de seus componentes. O direito de família é considerado ramo do direito privado, por possuir um caráter supraindividualista, que além de tutelar seus integrantes tutela a própria sociedade em si.

O direito de família é um direito extrapatrimonial que tutela as pessoas, por isso constitui um direito personalíssimo, composto por direitos: intransmissíveis, aqueles que não se transferem por ato jurídico, nem por ato entre vivos e nem causa morte; Irrenunciáveis, pois a pessoa não pode dispor por vontade própria de seu estado, por exemplo, os pais não podem renunciar o poder familiar; indisponíveis, não podendo ser exercido por procurador; Imprescritível, visto que em decorrência de seu caráter personalíssimo não se pode adquirir por usucapião e nem perder por prescrição extintiva; universalidade, pois compreende todas as relações jurídicas familiares.

2.4 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios constituem a base do ordenamento jurídico. O direito de família passou e passa por vastas mudanças, principalmente no que diz respeito à transformação da conduta social, igualdade entre os conviventes, família monoparental, união homoafetiva, igualdade entre os filhos independente de sua origem, reconhecimento da união estável, enfim, ocorreu uma evolução social e dos costumes. Dessa forma, faz-se necessária à incidência de princípios e normas constitucionais sobre o direito de família em seus aspectos essenciais.

Dentre os vários princípios norteadores do direito de família os mais relevantes e frequentemente apontados pelos doutrinadores, são os seguintes:

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é tratado na Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático.

É o que se configura no artigo 1º da Lei maior quando aduz:

Art. 1º 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;

[...]

Ao ser tratado na Constituição Federal em seu artigo 1º é considerado o princípio maior que orienta todos os demais princípios, garantindo proteção aos indivíduos em todos os seus aspectos.

Conforme Dias (2010, p. 62): “A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo da ordem constitucional, limitando a supremacia do interesse público, impondo ao Estado a implantação de políticas públicas para que respeitem a dignidade das pessoas. A promoção obriga o estado a proporcionar meios indispensáveis a uma vida digna.

Segundo Moraes (2010, p. 22):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é mais que uma norma, sendo considerado um valor espiritual e moral, responsável pela vida que deverá ser respeitado pelas demais pessoas, inclusive o Estado. O direito de família é entre os ramos do direito o mais humano, visto estar ligado à vida.

Dias (2010, p. 63) esclarece: “O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à natureza humana. As mudanças sofridas pelo direito de família em especial a igualdade entre os filhos e entre os conviventes, a destituição do poder paterno, entre outros, tiveram como base e compreensão os direitos humanos.

Conforme Diniz (2012, p. 23) o princípio da dignidade da pessoa humana: “Constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

É um princípio comum a todos os integrantes da família, promovendo igual dignidade a todas as entidades familiares, objetivando o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada um.

O princípio da dignidade da pessoa humana protege o indivíduo em si e conseqüentemente a entidade familiar, visto que esta é formada por membros, obrigando o Estado a respeitar, proteger e promover os meios necessários a uma vida digna, objetivando pleno desenvolvimento do indivíduo.

2.4.2 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges ou Companheiros

O princípio da igualdade está previsto em vários dispositivos da Constituição Federal, mas vale destaque o artigo 5º que aduz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

O princípio da igualdade jurídica estabelece igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Objetiva reduzir as desigualdades, obrigando ao Estado atuar de forma direta nessa redução e também impedir a discriminação, seja proibindo-a ou abstendo-se.

A atuação desse princípio no direito de família em especial aos cônjuges ou companheiro, está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 §5º que estabelece:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

Ele é consequência do princípio da isonomia que é defendido no texto constitucional, o qual visa extinguir qualquer forma de discriminação entre homem e mulher, principalmente, no seio familiar, que deve ser um ambiente de companheirismo e afeto.

Diniz (2010, p. 22):

Esta é a principal inovação do novo Código Civil: a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seu direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convivencial.

A existência do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges ou companheiros, faz desaparecer o poder marital e a autocracia do chefe de família que antes era atribuída somente ao homem. Estabelecendo aos conviventes direitos e deveres, em condição de igualdade, competindo a ambos a direção da sociedade conjugal, assim passando a tomar decisões em comum acordo, ou seja, estabelece que a administração da sociedade conjugal seja conjunta.

2.4.3 Princípio Igualdade Jurídica de Todos os Filhos

O princípio da igualdade jurídica é um dos basilares princípios do Estado Democrático de Direito, na Carta Maior já é previsto desde logo no preâmbulo, mas a preocupação do legislador foi tamanha que o repetiu em outros dispositivos.

A célebre frase de Barbosa (*apud* DIAS, 2010, p. 65) conceituou o princípio da igualdade ao relatar: “Tratar a iguais com desigualdades e a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”.

Como já fora dito o princípio da igualdade jurídica não permite tratamento diferenciado configurando-se assim em discriminação. Tal conceito com os filhos não poderia ser diferente, visto que a Constituição Federal de 1988 aboliu as diferenciações entre filhos em razão de sua origem, conforme o seu artigo 227, § 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O artigo 1.596 do Código Civil em vigor complementa tal dispositivo da Constituição Federal atual, possuindo a mesma redação, ambos os dispositivos, dedicam-se ao princípio da igualdade entre filhos.

Dessa forma configura-se em um princípio do direito de família, esse que não permite distinção entre os filhos, sejam eles provenientes do matrimônio ou não, biológicos ou adotivos. Estabelece igualdade absoluta entre eles, permitindo que possuam os mesmos direitos e prerrogativas, inclusive direito sucessórios. Permite ainda o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e veda que se revele no registro de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade. Tal princípio veda qualquer discriminação entre os filhos.

Destarte, independente da sua origem o filho sempre será filho, possuindo os mesmos direitos e qualificações, tal entendimento deve-se ao princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.

2.4.4 Princípio da Não Intervenção ou Liberdade

O princípio da não intervenção ou liberdade no âmbito do direito de família está previsto no artigo 1.513 do Código Civil em vigor que: "É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família".

Esse princípio visa respeitar a autonomia privada, conferindo aos integrantes da sociedade conjugal poderes para decidir, sem qualquer imposição ou restrição, de particulares ou do Estado, na relação familiar. Cabe a esse apenas fornecer políticas públicas que proporcionem o controle da natalidade e o planejamento familiar.

Nesse mesmo sentido, Lôbo (2010, p. 62) leciona:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livres formação dos filhos, desde que respeitadas suas desigualdades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Destarte, cabe ao Estado apenas dispor meios para o exercício de tais direitos, como recursos educacionais e métodos científicos de natalidade e planejamento familiar, bem como exigir dos pais responsabilidade com a prole. Aos pais fica a gerência de sua família, de forma livre, devendo visar sempre o bem comum da entidade familiar, ou seja, fica a seu critério a educação a cultura, a religião entre outros valores, a serem adotados no seio familiar respeitando a integridade física e moral de cada integrante, pois cada um vive da sua maneira.

2.4.5 Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal de 1988 deu uma atenção especial às crianças e aos adolescentes, se referindo a eles como sendo pessoas em desenvolvimento, merecendo atenção especial dos pais, sociedade e Estado. A proteção constitucional está prevista no artigo 227 “*caput*” do texto constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sobre esse princípio Messeder (2010, p. 10) explica:

Trata-se de uma situação de fato fundamentada em uma condição existencial típica do ser humano. Falo, aqui, necessariamente da criança e do adolescente, por ser incapazes de crescer por si, durante um tempo muito mais longo do que aquele de outras espécies não humanas; ela precisa de adultos que a alimentem, a criem, a eduquem, e estes, inevitavelmente, têm instrumentos de poder de disciplina e educação, em relação aos pequenos. Isto vale não apenas no que tange à relação entre filhos menores e pais, os primeiros e mais direitos protetores, como também na relação entre crianças e adolescentes e outros adultos a qualquer título, encarregados da proteção.

Portanto, esse princípio visa proteger os seres humanos considerados em condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, devendo ter cuidados especiais e prioridade absoluta. Esse princípio incide, principalmente, em situações conflitantes provenientes do divórcio relativas à guarda, visita, entre outros objetivando o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

2.4.6 Princípio da Afetividade

O afeto em si não foi tratado na Constituição Federal de 1988 de forma explícita e sim implicitamente, é considerada uma valorização do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Lôbo (2010, p. 64):

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos desta aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente constituída (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Destarte, está contemplado nas mudanças vivenciadas no direito de família em especial, com a ocorrência de desbiologização da paternidade, visto que a relação de afeto prevalece sob a ótica biológica. Dessa forma é considerado principal fundamento das relações familiares.

O afeto é uma relação de amor existente no convívio familiar, portanto configura o sentimento basilar da vida conjugal e da família, possuindo limites além do vínculo consanguíneo, pois tal sentimento faz surgir outro tipo de parentesco que é o de caráter sócio afetivo que tem por base a posse do estado de filho.

Vieira (2010, p. 458) institui sobre ele:

Tal princípio tem fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na igualdade entre filhos. O afeto é relação de amor no convívio das entidades familiares.

O afeto não é fruto da biologia e sim da solidariedade da convivência familiar, ele proporciona novos modelos de famílias mais igualitárias nas relações, gerando um maior sentimento de amor e compaixão entre os membros familiares.

2.4.7 Princípio da Pluralidade da Entidade Familiar

Esse princípio está consagrado na Constituição Federal de 1988, quando estabeleceu com entidade familiar, as famílias, não só as provenientes do casamento, mas também da união estável, e também a família monoparental.

Conforme Guilherme Calmon (*apud* DIAS, 2010, p. 67):

Desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados a invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecida como a única base da sociedade, aumentou o aspecto de família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado de existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

Tal princípio garantiu o reconhecimento do Estado de diversas formas de entidade familiar, extinguindo a ideia que somente o casamento deveria merecer reconhecimento e proteção.

Ele permitiu a possibilidade de várias formas de organização familiar reconhecida pelo Estado, em que este abarcou na norma constitucional a família matrimonial e a entidade familiar, essa que consiste em união estável e família monoparental.

3 COISA JULGADA

Em geral, nos ordenamentos da atualidade admite-se a revisão das decisões judiciais mediante a interposição de recursos. Entretanto, existem limites, para que não haja perpetuação da insegurança jurídica submetida ao Poder Judiciário.

Esse limite é garantido pela coisa julgada, instituto que em por finalidade garantir a segurança jurídica, sendo considerado um verdadeiro direito fundamental do cidadão, proibindo que o Poder Judiciário aprecie mais de uma vez o mesmo litígio pelas mesmas partes.

Neste capítulo será analisado o instituto da coisa julgada: seu conceito; as diferenças entre a coisa julgada formal e material, que são as suas duas modalidades; seus limites objetivos e subjetivos; o modo de produção e seus efeitos e por último serão analisados as possibilidade previstas em lei que afastam a coisa julgada.

3.1 CONCEITO

Proferida uma sentença judicial, caso a parte não concorde, ela pode recorrer desta decisão através dos recursos previstos em lei, desde que no prazo legal. Caso isso não ocorra, a sentença transitada em julgado ficará acobertada pela imutabilidade, é nesse momento que surge a Coisa Julgada.

Wambier *et al* (2003, p. 217) conceitua a coisa julgada:

[...] a coisa julgada consiste no fenômeno de natureza processual pelo qual se torna firme e imutável a aperte decisória da sentença, que deve guardar relação de simetria com o pedido que se tenha formulado na petição inicial. Decorre do princípio da segurança jurídica, em razão de que, num determinado momento, o comando existente na sentença adquire solidez.

Esse é um instituto de natureza processual, que tem por fundamento o princípio da segurança jurídica. Pela sua importância a proteção da coisa julgada é

garantida no artigo 5º, XXXVI da Constituição brasileira de 1988, com a finalidade de pacificar a sociedade.

Cunha Junior (2010, p. 703) aduz:

[...] se a finalidade do processo é a composição dos conflitos de interesses, é mais do que recomendável que exista um momento em que a pacificação desses conflitos se torne definitiva. Assim a coisa julgada é garantia que evita a eternização dos litígios e, em consequência, a rediscussão das controvérsias.

Esse instituto visa dá uma segurança ao que foi decidido pelo órgão do Poder Judiciário, garantindo assim a força de sua decisão, e, além disso, soluciona em definitivo o conflito social, proporcionado o fim que toda sociedade idealiza, que consiste na sua paz social.

3.2 MODALIDADES DA COISA JULGADA

A imutabilidade do dispositivo da sentença pode ter como limite o próprio processo em que foi prolatada a decisão ou se estender para além dele. Essa diferença fez surgir duas modalidades de coisa julgada: a coisa julgada material e a coisa julgada formal.

3.2.1 Coisa Julgada Formal

A sentença que põe fim a um processo tem aptidão para produzir a coisa julgada formal, desde que ocorra o seu trânsito em julgado.

Didier Jr. (2010, p. 408) conceitua coisa julgada formal:

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.

O principal requisito para que ocorra a coisa julgada formal é o trânsito em julgado da sentença terminativa, que consiste na sentença sem resolução de mérito. As sentenças que fazem coisa julgada formal estão enumeradas no artigo 267 do Código de processo Civil:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
I- quando o juiz indeferir a petição inicial;
II- quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
IV- quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V- quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
VI- quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
VII- pela convenção de arbitragem;
VIII- quando o autor desistir da ação;
IX- quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
X- quando ocorrer confusão entre autor e réu;
XI- nos demais casos prescritos neste Código.

Neste tipo de sentença, os efeitos da imutabilidade são somente para o processo em que foi prolatada, ou seja, nada impede que outro processo seja iniciado com o mesmo objeto submetido ao litígio.

3.2.2 Coisa Julgada Material

A coisa julgada material é a imutabilidade do dispositivo da sentença de mérito transitada em julgado, impedindo que a matéria decidida pelo Poder Judiciário venha a ser novamente apreciada, visando dá autoridade a decisão primeiramente prolatada.

Didier Jr. (2010, p. 409) conceitua a coisa julgada material:

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade

que se faz dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo e extraprocessual.

A coisa julgada material visa fornecer uma segurança jurídica a sentença de mérito transitada em julgada, ou seja, a sentença que não cabe mais recurso, torna imutável via recurso sua parte dispositiva.

A sentença judicial é o principal momento do processo, pois é ela que resolverá o conflito envolvido. Ela possui 3 (três) requisitos essenciais: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O primeiro é o resumo dos principais fatos ocorridos durante o processo. Já fundamentação trata-se da motivação das decisões judiciais, nessa parte o juiz deve deixar expresso como formou o seu convencimento. A parte mais importante da estrutura da sentença é o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes submeteram. Sobre a parte dispositiva Marinoni (2010, p. 419) esclarece:

A sentença finda com o dispositivo, momento em que o juiz isola a sua decisão e afirma se acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, o pedido do autor, ao mesmo tempo em que, acolhendo-o aponta o que deve ser feito para que o direito postulado em juízo logre tutela jurisdicional adequada e efetiva.

A fundamentação da sentença, apesar de ser importante não gera coisa julgada. A única parte que gera coisa julgada material é o dispositivo. Ele é parte mais importante da sentença, tendo em vista que só se produz a qualidade de coisa julgada material em relação aquilo que ficar nele consignado, quando o processo é extinto com resolução de mérito.

Para que ocorra a coisa julgada material é necessário que estejam presentes quatro pressupostos: 1- existência de uma decisão judicial; 2 - o provimento há que versar sobre o mérito da causa; 3 - o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; 4 - que tenha havido a preclusão máxima, que é a coisa julgada formal.

Somente decisões judiciais de mérito são aptas a produzir o instituto da coisa julgada material. Essa decisões estão previstas no artigo 269 do CPC:

Art. 269. Haverá resolução de mérito:
I- quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
II- quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

- III- quando as partes transigirem;
- IV- quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
- V- quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Essas são as hipóteses previstas pelo legislador infraconstitucional que permitem a ocorrência da coisa julgada material.

Sobre o requisito da cognição exauriente, Didier Jr. (2010, p. 411) observa:

[...] é necessário que o mérito tenha sido examinado em cognição exauriente. Daí poder afirmar que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas. É por isso que uma decisão que antecipa a tutela, fundada em cognição sumária, não fica imune com a coisa julgada material.

Além desses requisitos, deve ter ocorrido a coisa julgada formal, ou seja, a imutabilidade dentro do processo. Ela é um degrau para que se alcance a coisa julgada material.

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

O legislador infraconstitucional conceituou já estabelecendo os seus requisitos, sendo o principal o trânsito em julgado da sentença.

Marinoni (2010, p. 446) traz a diferença entre a eficácia e a autoridade da sentença:

A eficácia da sentença não se confunde com a sua autoridade. A eficácia da sentença é a sua aptidão para produzir efeitos. A autoridade da sentença é a sua imutabilidade e sua indiscutibilidade - é a coisa julgada.

O doutrinador critica o termo “eficácia” previsto no artigo 467 do CPC, propondo que o correto seria autoridade da sentença, pois essa é a indiscutibilidade daquilo que foi decidido no dispositivo da sentença.

3.3 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

O Dispositivo da sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada criada pelo Poder Judiciário. Somente essa norma que gera a coisa julgada. As questões resolvidas na fundamentação não ficam indiscutíveis a coisa julgada, pois se trata de decisões de questões incidentais no processo. O Código de Processo Civil atribui essa força de lei ao dispositivo no seu artigo 468: “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

A parte da sentença que contém força de lei é somente a parte dispositiva, já que a fundamentação não possui esse atributo.

3.4 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Já foi visto que a coisa julgada só é atributo do dispositivo da sentença. Quando se referi às pessoas que ela atinge, se trata dos limites subjetivos da coisa julgada.

No ordenamento brasileiro, em regra, a sentença faz coisa julgada somente as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. É a coisa julgada *inter partes*, em que a autoridade da decisão só se impõe às partes que participaram do processo. Isso ocorre em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Entretanto, há exceções a essa regra, com a possibilidade da coisa julgada beneficiar ou prejudicar terceiros. É a denominada coisa julgada *ultra partes*, que consiste em atingir além das partes da relação processual, também determinados terceiros. Exemplo disso é a coisa julgada que atinge o terceiro adquirente de coisa litigiosa, de acordo com o artigo 42, § 3º do CPC:

Art.42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.
[...]

§3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

Nessa situação, embora o adquirente da coisa litigiosa não tenha participado da relação processual, a lei determina que a sentença, se transitado em julgado, gere coisa julgada para esse terceiro.

Existe ainda a coisa julgada *erga omnes*, que consiste em levar os efeitos da sentença a todos os jurisdicionados, tenham ou não participado do processo. É o que ocorre, por exemplo, com as ações coletivas que versem sobre controle difusos e nas ações de direito concentrado de constitucionalidade, nestes casos, o dispositivo da sentença atinge terceiros que não participaram da relação processual que deu origem a sentença.

3.5 MODOS DE PRODUÇÃO DA COISA JULGADA

Quanto ao modo de produção existem três tipos de coisa julgada. A primeira é a coisa julgada *pro et contra*, nela a coisa julgada surgirá qualquer que seja o resultado da causa. Se a demanda for acolhida ou rejeitada, se a sentença é de procedência ou de improcedência, haverá coisa julgada do dispositivo da sentença. Essa é a regra geral do Código de Processo Civil.

O segundo modo de produção é a coisa julgada *secundum eventum litis*, que estabelece que a coisa julgada só será produzida a depender do resultado da causa. Aqui o legislador escolhe um resultado da causa e diz que só haverá coisa julgada em um dos resultados possíveis. Didier Jr (2010, p. 422) faz uma crítica a esse modo: “Esse regime não é visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando uma delas em flagrante desvantagem, já que a coisa julgada dependerá do resultado”.

Esse instituto é o que acontece no âmbito do processo penal. Só há coisa julgada no âmbito penal nas sentenças absolutórias porque uma sentença condenatória penal pode ser revista a qualquer momento. Então, rigorosamente, só se pode falar de coisa julgada penal, da sentença que absolve, porque o legislador

optou por dar a um dos resultados, a opção da coisa julgada. No processo Civil Brasileiro não é previsto esse tipos de coisa julgada.

Em último lugar, existe a coisa julgada *secundum eventum probationis*, nesse tipo só existirá a coisa julgada se houver esgotamento da prova. Se o juiz julgar improcedente o pedido por falta de prova, a improcedência não faz coisa julgada. A improcedência por falta de prova, não faz coisa julgada.

Farias (*apud* DIDIER JR., 2010, p. 422) defende esse tipo de coisa julgada: “[...] a coisa julgada produzida em ação de investigação de paternidade só pode ser *secundum eventum probationis*, a despeito da inexistência de regramento expreso nesse sentido”.

Por ser a ação de investigação de paternidade uma ação de estado só haverá coisa julgada nessas ações quando forem esgotadas as provas. Além dessa ação, há no ordenamento pátrio outras formas desse tipo de coisa julgada. É o que ocorre, por exemplo, com a ação popular (lei nº. 4.717 de 1965):

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Neste caso, se ação for julgada improcedente por falta de provas não gera coisa julgada material, mas somente a coisa julgada formal, ou seja, neste caso é permitido que outra ação seja proposta.

3.6 EFEITOS DA COISA JULGADA

Na decisão judicial o juiz examina questões incidentes e a principal. As incidentes estão na fundamentação e a principal, no dispositivo. A coisa julgada opera sobre o dispositivo. Ela torna indiscutível a solução da questão principal. É sobre ela que recairá a coisa julgada.

O primeiro efeito da coisa julgada é o efeito negativo ou impeditivo da coisa julgada, de acordo com ele a coisa julgada impede nova decisão sobre aquilo que foi

decidido. Se uma questão principal foi decidida e transitada em julgado, haverá nela a coisa julgada. Como consequência não haverá mais possibilidade de propor uma nova demanda com a mesma questão principal decidida.

O segundo é o efeito positivo da coisa julgada, sobre esse efeito Didier Jr. (2010, p. 425) estabelece:

[...] o efeito positivo da coisa julgada determina que a questão principal já definitivamente decidida e transitada em julgado, uma vez retornado ao Judiciário como questão incidental (não principal, em virtude da vedação imposta pelo efeito negativo), não possa ser decidida de modo distinto daquele que foi decidido no processo anterior, em que foi questão principal.

Exemplo desse efeito é o que ocorre com pessoa que teve sua ação de investigação de paternidade julgada procedente e posteriormente propõe uma ação de alimentos contra o pai. Na ação de investigação de paternidade a questão principal foi à filiação. Já na ação de alimentos, a filiação é a questão incidente porque a principal são os alimentos requeridos. Uma questão que em um processo foi principal foi decidida (coisa julgada), se transforma, em outra ação, em questão incidente de outra questão principal. Nesta hipótese, a coisa julgada é utilizada com o fundamento de outra demanda, e com isso, o juiz da segunda demanda tem de levar a coisa julgada em consideração. Ele vai ter que partir dos pressupostos da existência da filiação. Ele pode até julgar improcedentes os alimentos, mas não poderá dizer que não existe filiação. Isto é o efeito positivo da coisa julgada.

O último efeito da coisa julgada é o efeito preclusivo ou eficácia preclusiva, ele está previsto no artigo 474 do Código de Processo Civil: “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”.

Liebam (apud DIDIER JR., 2010, p. 427) explica sobre esse efeito:

Daí decorre uma limitação geral à atividade de indagação do devedor e do juiz, que assim se pode formular: todos os fatos que determinariam a discussão da existência da vontade concreta de lei afirmada na sentença, estão excluídos da indagação por se agasalharem sob o julgado. No processo de oposição, como em qualquer processo subsequente ao que se formou a coisa julgada, não se pode reduzir ou modificar o efeito por ela produzido: o que implica dizer que não se podem alegar nem só as exceções

propostas no processo anterior, e a que o juiz desatendeu, mas também as que se poderiam propor e não se propuseram.

A eficácia preclusiva consiste no impedimento que surge à discussão e apreciação de questões suscetíveis de influir no julgado, cobrindo o deduzido e dedutível. Esse efeito considera implicitamente decididas pela sentença que transitou em julgado todas as questões, ainda que não apreciadas, cuja solução se devesse reputar idônea para influir no conteúdo do pronunciamento judicial.

3.7 COISA JULGADA E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUADAS

A relação jurídica continuativa é aquela relação que se prolonga no tempo, que se renova periodicamente. Ela permanece no tempo, continua no tempo. Não é instantânea. Ela é duradoura, prolongada, contínua. É o que ocorre com a relação de família, relação de alimentos, relação locatícia, relação tributária, relação previdenciária, etc.

Quando o juiz decide uma relação continuativa, surge aí um pequeno problema porque ele vai decidir hoje uma relação que durará para sempre e não uma relação que ocorreu e acabou. Quando o juiz decide, por exemplo, uma causa de alimentos, ele decide uma relação jurídica que já existia e continuará existindo depois da decisão, se prolongará para além da decisão. Ele decide de acordo com os termos dela hoje, mas pode ser que amanhã ocorram fatos que mudem os aspectos da relação.

Será que há coisa julgada das sentenças que decidem relações continuativas? Para uma parte da doutrina tais decisões não se tornariam imutáveis e indiscutíveis pela coisa julgada material. Essa doutrina se baseia no artigo 471 do CPC:

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

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

Para ela uma simples ação de revisão modificará a sentença, já que essa não fez coisa julgada material, fazendo somente coisa julgada formal.

Já para outra parte da doutrina brasileira nas relações jurídicas continuativas existirá a coisa julgada daquilo que existia na época da decisão. Há coisa julgada do contexto da época de decisão. Entretanto, os fatos futuros poderão alterar essa situação. Como o fato é posterior, uma nova situação surge, uma nova situação tem que ser resolvida. Didier Jr (2012, p. 443) institui:

Ao deparar-se com a ação de revisão, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em uma nova causa de pedir (composta por fato novo) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sob esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior.

Portanto, para ele há coisa julgada de qualquer sentença que cuide de sentença continuativa, e se uma nova realidade acontecer uma nova decisão se impõe, mas essa nova decisão será sobre a nova situação. Sobre a situação anterior, há coisa julgada. Enquanto aquilo se mantiver, a situação é aquela. Alteradas as circunstâncias, uma nova decisão se impõe para as novas circunstâncias e não para a anterior.

3.8 MEIOS TÍPICOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada no Brasil não é um instituto absoluto, pois existem instrumentos que podem revisá-la. A coisa julgada não é tão indestrutível assim e esses instrumentos de revisão da coisa julgada formam um verdadeiro arsenal contra ela.

Existem os meios típicos de revisão da coisa julgada, que são os instrumentos previstos em lei, e os meios atípicos, que são aqueles não previstos em lei. Com relação aos primeiros, são três os principais instrumentos típicos de revisão da coisa julgada: a ação rescisória, a *querela nullitatis* e a revisão de

sentença que se funda em lei, ato normativo ou em interpretação tida pelo STF como inconstitucionais.

A ação rescisória é um instrumento de revisão da coisa julgada que está previsto no art. 485, do Código de Processo Civil. Didier Jr. (2012, p. 447) conceitua:

[...] a ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de decisão de mérito transitada em julgado, quando inquinada por vícios rescisórios (previstos no artigo 485 do CPC). Visa desconstituir a coisa julgada material.

Os vícios da sentença que admitem essa ação estão previstos no artigo 485 do CPC:

Art.485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

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

II- proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

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

IV- ofender a coisa julgada;

V- violar literal disposição de lei;

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

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

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

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

Para que a ação rescisória seja admitida é necessário está presente uma dessas hipóteses, respeitando-se o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença.

Outro instrumento é a *querela nullitatis*, que consiste em uma ação de impugnação de uma sentença nula pelos defeitos previstos no art. 475, L, I e no art. 741, I do CPC:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

[...]

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;

Esses defeitos processuais são tão graves que essa ação não tem prazo, por isso que esses vícios são denominados de transrescisório, pois eles podem ser arguidos mesmo após o prazo para a propositura da ação rescisória.

Outro instrumento típico que revisa a coisa julgada é a Revisão de sentença que se funda em lei, ato normativo ou em interpretação tida pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucionais. Essa revisão é uma defesa do executado na fase de execução, e suas hipóteses estão previstas no artigo 475-L, § 1º e artigo 741, parágrafo único, ambos do CPC:

Art. 475-L, § 1o Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

[...]

Art. 741, Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Isto visa garantir a força normativa da Constituição, que é a norma superior de nossa legislação, em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal, que declare aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido como incompatíveis com a Constituição Federal.

4 POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Atualmente, vem crescendo uma corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade quando essas ações são julgadas improcedentes por falta de provas. A base dessa doutrina é a importância do direito de reconhecimento da filiação, garantido na Constituição Brasileira, como maneira de garantir um de seus fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

Neste capítulo serão abordadas as formas de reconhecimento de filhos, os aspectos processuais da ação de investigação de paternidade, bem como a legitimidade ativa e passiva e os elementos probatórios dessa ação. No final serão apresentados as doutrinas contra e a favor da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

4.1 ESBOÇO HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DE FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO

A sistemática do Código Civil de 1916, que concebia a família, exclusivamente, pela relação de casamento, destinava o reconhecimento de filhos somente aqueles que foram denominados de ilegítimos, que eram aqueles nascidos de pais não casados. Já os filhos de pessoas casadas, denominados de legítimos, se submetiam à presunção de paternidade, dispensado, nesse caso, o reconhecimento.

O Código Civil de 1916, que fazia uma diferenciação entre os diversos tipos de filhos, estabelecia que os filhos incestuosos e os adulterinos não poderiam sequer investigar a sua paternidade. Sobre o conceito desses filhos, Lisboa (2012, p. 273):

[...] o incestuoso, descendente da relação sexual ou coito de pessoas impedidas de casar entre si, em razão de seu grau de parentesco; o

adulterino, concebido por decorrência de relação extraconjugal de uma ou de ambas as pessoas casadas com outrem.

Naquele momento, foram estabelecidas limitações ao exercício do direito filiatório em detrimento de filhos de pessoas não casadas. Somente os filhos nascidos do casamento é que poderiam exercer com plenitude os direitos decorrentes da filiação. A filiação legítima obtinha fortes privilégios. Esses privilégios decorriam da concepção individualista e patrimonial predominante no Direito Civil naquele momento, em que o Direito de Família se baseava em um único modelo familiar: o casamento.

Somente no ano de 1942, foi permitido o reconhecimento de filhos nascidos de uma relação extraconjugal pelo homem. Entretanto, nessa época só era possível o reconhecimento se o pai já estivesse desquitado de sua esposa, sendo um verdadeiro direito sob condição.

Com a Constituição de 1988 foram suprimidas quaisquer formas de discriminação filiatória, em razão do princípio da igualdade entre os filhos. Entretanto, ainda persiste uma certa diferença, pois há uma presunção de paternidade com relação aos filhos exclusivamente havidos do casamento. Mas mesmo assim, é possível aos filhos, qualquer que seja a sua origem, investigar a paternidade, sem qualquer limitações.

4.2 CONCEITO E ESPÉCIES DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

O reconhecimento da paternidade é o ato jurídico pelo qual o suposto pai assume formalmente o estado jurídico de genitor de uma pessoa havida fora do casamento. Com relação aos pais casados, seus filhos não precisam ser reconhecidos, pois a paternidade, pelo sistema do Código Civil, decorre da presunção estabelecida pelo casamento dos pais.

Para que se fale em reconhecimento de filho é necessário que ele não seja oriundo do casamento, pois se for oriundo desse instituto não se trata de reconhecimento e sim de ação de prova de filiação, prevista no artigo 1.606 do Código Civil:

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.
Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Portanto, se o filho for havido durante o casamento, há uma presunção legal da paternidade dele. Entretanto, se o filho for havido fora do casamento, inclusive por meio de uma união estável, existem duas possibilidades de reconhecimento: a voluntária e a forçada. Em ambas o ato de reconhecimento é declaratório, isto é, tem eficácia *ex tunc*, pois não cria a paternidade, mas apenas declara uma realidade fática já existente.

4.2.1 Reconhecimento voluntário de filhos

O reconhecimento voluntário decorre da livre e séria manifestação do suposto pai em assumir o filho, como oriundo de uma relação sexual por ele mantida com uma mulher.

Os modos como deve efetuar o reconhecimento voluntário estão previstos no artigo 1609 do Código Civil:

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 reconhecimento voluntário feito de acordo com um desses modos legais é irrevogável, considerando-se ineficazes o termo e a condição nele por ventura colocados. Dos modos legais, o testamento é o modo de reconhecimento de filho, usualmente, mais utilizado para se reconhecer filhos extramatrimoniais. Comentando sobre esse modo de reconhecimento Dias (2010, p. 376) explica:

[...] o genitor não compromete a “paz familiar”, mas não deixa de reconhecer o filho, nem que seja após a sua morte. Pode ser levado a efeito em qualquer das suas espécies de testamento. Mesmo que o testamento seja revogado, a filiação que foi reconhecida permanece hígida.

O testamento apesar de ser um instituto típico de direito patrimonial, teve ampliada a sua finalidade pelo legislador, que o aproveitou para garantir o reconhecimento de filhos, preservando sempre o interesse do filho em ter o reconhecimento de seus pais.

O reconhecimento voluntário de um filho não é um negócio jurídico e sim um ato jurídico *stricto sensu*, cujo conceito é lecionado por Farias e Rosenvald (2011, p. 627):

[...] o ato jurídico em sentido estrito é o que gera consequências jurídicas previstas em lei (tipificadas previamente), desejadas, é bem verdade, pelos interessados, mas sem qualquer regulamentação da autonomia privada. Surge como mero pressuposto de efeito jurídico preordenado por lei.

Por isso não se admite arrependimento desse ato, pois um vez realizado seus efeitos são previstos em lei, e caso haja algum erro ou coação, por exemplo, é necessário o reconhecimento judicial para que ocorra a invalidade do ato.

Para que ocorra o reconhecimento não importa a origem da filiação, em razão do princípio constitucional da igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento. Apesar deste ato ser personalíssimo, ele pode ser realizado por procurador munido de poderes específicos outorgado por escritura pública ou particular.

O artigo 1614 dispõe sobre a oposição ao reconhecimento voluntário: “Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”.

Em se tratando de filho maior de idade, é indispensável a sua concordância, sendo ela requisito para validade do reconhecimento. Entretanto, se o filho é menor, o reconhecimento dele não depende de seu consentimento, mas o menor pode impugná-lo através de uma ação judicial de constestação de reconhecimento.

4.2.2 Reconhecimento parental forçado

Caso não haja o reconhecimento espontâneo da parentabilidade, o filho pode obter o reconhecimento forçadamente de sua filiação mediante uma decisão judicial prolatada em uma ação de investigação de paternidade.

A ação de investigação de paternidade é uma ação relativa ao estado da pessoa quanto ao seu aspecto familiar. Farias e Rosenvald (2011, p. 648) sobre essa ação lecionam:

Obtido o reconhecimento judicial da parentabilidade, tem-se a declaração de uma situação fática preexistente, conformando-a, dali em diante, no mundo jurídico, com efeitos retroativos, desde o nascimento. Por isso, correto é afirmar-se a natureza meramente declaratória da ação investigatória.

Portanto, os efeitos da decisão proferida na ação de investigação de paternidade tem a mesma natureza jurídica declaratória do reconhecimento voluntário, possuindo também *ex tunc*, ou seja, os efeitos retroagem à data do nascimento. O pedido dessa ação é o reconhecimento do vínculo de filiação já existente mas ainda não declarado.

A referida ação é imprescritível, ou seja, pode-se propô-la a qualquer tempo. Essa imprescritibilidade é justificada por ela ser uma ação declaratória de estado da pessoa e por envolver o direito fundamental à filiação, integrante do direito da personalidade, assegurado constitucionalmente.

Sobre a característica da imprescritibilidade, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Importante notar que a imprescritibilidade da ação não atinge os efeitos patrimoniais da declaração judicial de filiação, que se sujeitam a prazo extintivo.

Isso é importante, pois na ação investigatória é permitido a cumulação de pedidos além do reconhecimento da filiação, como, por exemplo, pedido de alimentos e petição de herança. Com isso, o reconhecimento é imprescritível, entretanto, os outros pedidos não são.

4.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NAS AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

A legitimidade ativa para propor a ação de investigação de paternidade é, em regra, do filho. O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, e por essa razão ação é privativa dele. É importante esclarecer que se o filho for menor ele deve ser representado, caso seja absolutamente incapaz ou assistido, sendo ele relativamente incapaz. Nesse dois casos, a ação deve ser proposta em nome do menor e não do seu representante ou assistente.

Há possibilidade de o juiz nomear curador especial para o menor, de acordo com o artigo 9º do Código de Processo Civil:

Art. 9º. O juiz dará curador especial:
I- ao incapaz, se não estiver representante legal, ou se os interesses deste olidirem com os daquele.
[...].

É o que ocorre, por exemplo, quando a mãe se recusa a informar quem é o genitor, tornando, nesse caso, necessário que o juiz nomeie um curador especial, que normalmente é um defensor público, com a finalidade de assegurar ao menor o exercício do direito a conhecer sua verdade genética.

Existe a possibilidade dos herdeiros do filho figurarem no polo ativo da ação de investigação, mas somente em duas hipóteses: quando o filho já tinha proposto a ação e faleceu durante o curso do processo; e quando o filho morrer menor ou incapaz. Esses casos são exceções à natureza personalíssima para a propositura ação de investigação de paternidade.

A doutrina moderna assegura, inclusive, a legitimidade ativa do nascituro. Farias e Rosenvald (2011, p. 653) explicam:

Percebe-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana), reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, a legitimidade ativa do nascituro exsurge indubitosa porque o art. 2º da Lei Civil lhe reconhece direitos

e, por conseguinte, nada mais natural que disponha de meios para defendê-los.

A permissão da legitimidade ativa do nascituro para propor ação de investigação de paternidade é uma forma de dar efetividade ao direito fundamental a identidade biológica do ser humano e como esse direito se insere nos rol dos direitos da personalidade, somado ao fato que a tutela requerida tem caráter extrapatrimonial, é adequada essa legitimação, principalmente em razão dos avanços da biotecnologia, em que é possível, mesmo antes do nascimento, a realização do exame de DNA para determinar a origem ancestral.

O Ministério Público também possui legitimidade ativa para propor a referida ação. O interesse desse órgão é justificado em razão de sua incumbência constitucional de defender os direitos individuais indisponíveis, no caso, o direito à identidade biológica. A legitimidade ativa do Ministério Público é concorrente, podendo se formar um litisconsórcio ativo entre o Promotor de Justiça e o filho interessado.

Já a legitimidade passiva da ação de investigação de paternidade é, em regra, do suposto pai, que irá suportar os efeitos decorrentes da eventual decisão de procedência do pedido. Entretanto, é possível que no caso de falecimento do pai os seus herdeiros figurem no polo passivo da referida ação.

É importante pontuar que a ação deve ser proposta contra os herdeiros e não contra o espólio do falecido. Sobre isso, Gonçalves (2008, p. 318) aduz:

Não é correto mover a ação contra o espólio do finado pai. O espólio não tem legitimidade jurídica, não passando de um acervo de bens. Sendo causa de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Essa ilegitimidade do espólio para figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade ocorre porque ele é uma mera universalidade de direitos, tendo capacidade de estar em juízo somente para a defesa de interesses patrimoniais da massa hereditária e não para direitos extrapatrimoniais, como ocorre com o reconhecimento de filiação.

É possível que ocorra um litisconsórcio passivo na ação de investigação de paternidade, ou seja, a proposição de uma ação contra dois ou mais homens. Isto ocorre em duas situações. A primeira é quando o filho já está registrado em nome de

um terceiro, mas pretente propor a ação contra outro homem o qual diz ser seu pai biológico. Essa situação é obrigatória, formando-se um litisconsórcio passivo necessário. Essa exigência de participação no polo passivo da relação processual ocorre porque o efeito da procedência da ação pode atingir a pessoa que registrou no cartório, afastando o vínculo de filiação. Em razão disso, se ele não participar do processo, este pode ser declarado nulo por não respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outra hipótese de litisconsórcio passivo é bem exemplificado por Farias e Rosenvald (2011, p. 660): “Exemplo é ajuizamento da ação contra dois (ou mais) homens que, eventualmente, tenham mantido relações sexuais com a genitora do investigante no período da concepção”.

Como nesse caso o filho tem dúvidas sobre o seu verdadeiro pai biológico, é possível que ele proponha a ação contra um deles ou em face dos dois, formando nesse caso um litiscorsórcio passivo facultativo. No caso de existirem litisconsórcios com procuradores diferentes os prazos para praticar os atos processuais são computados em dobro.

4.4 ELEMENTO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A prova tem por objetivo formar a convicção do Juiz no caso concreto. O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado expressamente previsto no artigo 131 do Código Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Nesse sistema de valoração de provas não há um tarifamento das provas e nele o juiz deve decidir livremente, ponderando sobre as provas produzidas nos autos, fundamentando sempre sua decisão. Portanto, não há hierarquia entre as provas produzidas, devendo o magistrado apreciá-las em conjunto.

Como o direito à realidade biológica é um direito fundamental inserido nos direitos da personalidade, não podia o legislador infraconstitucional limitar os meios de provas para comprovar a filiação. Por isso, nas ações de investigação de paternidade são admitidos todos os meios de prova, legais ou moralmente legítimos.

Além da partes, o Juiz pode determinar a produção de todas as provas necessárias, inclusive de ofício, neste tipo de ação, em razão da natureza de ação estado, que tem como objeto direitos indisponíveis.

A prova documental pode ser utilizada nas ações de investigação de paternidade, devendo ser produzidas, em regra, na petição inicial pelo demandante ou na contestação pelo demandado. Somente quando não for possível é que se permite a produção em momento posterior.

O documento pode ter natureza pública, como uma declaração em cartório, ou privada, como certidão de batismo, declarações e cartas de amor. Os dois instrumentos são meios de provas atos para a formação de um juízo valorativo da existência da relação afetiva do suposto pai com a mãe do investigante na época da concepção.

Outro meio de prova relevante nesse tipo de ação é a prova testemunhal. Essa prova é produzida mediante o depoimento da testemunha apta a confirmar ou negar a paternidade requerida. Sobre esse meio de prova, Marinoni e Arenhart (2008, p. 374) consideram:

Por meio da prova testemunhal obtém-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos, importantes para definição do litígio. As testemunhas são sempre pessoas que não se confundem com os sujeitos principais do processo.

A testemunha pode ajudar no convencimento do juiz, relatando a convivência entre o suposto pai e mãe do investigante, se eles namoravam, se a mãe tinha outros relacionamentos, ou seja, é um meio de prova apto para convencer o juiz que existia um relacionamento entre os genitores.

Em algumas situações, a investigação de fatos envolvidos no processo exige um certo conhecimento técnico especializado. Diante dessa situação, deve o órgão jurisdicional se valer da denominada prova pericial. Didier Jr (2012, p. 227) conceitua esse meio de prova:

A prova pericial é aquela pela qual a elucidação se dá com o auxílio de um perito, especialista em um determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial.

O perito, portanto, é um colaborador da atividade jurisdicional, que será utilizado quando as noções técnicas exigidas para o caso ultrapassem o conhecimento esperado de um homem – médio. Neste caso, ele apresentará o laudo pericial, que é o instrumento apresentado pelo perito que ele registra suas respostas aos quesitos apresentados, suas fundamentações técnicas e suas conclusões sobre o fato periciado.

Uma das provas periciais utilizadas na ação de investigação de paternidade é a tipagem sanguínea, que consiste num teste para estabelecer o tipo sanguíneo e o fator RH de um indivíduo. Entretanto, esse exame só serve para excluir a paternidade, que ocorre quando o filho e o pai investigado pertencerem a diverso tipo de grupo sanguíneo. Se o exame detectar que os dois têm o mesmo tipo de sangue não se pode afirmar a filiação, pois esses tipos são encontrados em milhões de pessoas. Portanto, essa perícia é uma prova negativa, que só serve para excluir a paternidade.

Apesar de não ser a única prova e nem existir hierarquia dos meios de provas, é incontestável a importância do exame de DNA, espécie de perícia, nas ações de investigação de paternidade em razão de sua forte precisão.

O DNA (ácido desoxirribonucleico) é o componente mais íntimo que se recebe dos genitores em razão da genética. Matos Filho (*apud* DINIZ, 2010, p. 506) estabelece:

O conjunto de moléculas do DNA compõe os cromossomos, que estão localizados no núcleo das células e arranjados aos pares. A espécie humana possui 46 cromossomos, sendo uma metade de origem materna (23 cromossomos) e a outra metade de origem paterna. Cada cromossomo é composto por moléculas de DNA colocadas em sequência única para cada indivíduo. É possível, através desse método, selecionar regiões preferenciais da molécula de DNA do indivíduo e verificar qual é a sua origem.

O DNA do indivíduo é extraído de suas células, com isso, o exame para verificação da impressão digital do DNA pode ser feito por meio de diversas células: das células do sangue; da mucosa nasal; da boca; da raiz do cabelo; ou até mesmo

do material exumado, sendo possível desenterrar um cadáver para saber o seu DNA. Esse exame pode inclusive ser feito antes do nascimento, mediante a retirada de sangue fetal. Por todas essas possibilidades, o Exame de DNA é fundamental para verificação da filiação do ser humano.

Para a verificação da paternidade, o material genético da mãe, do filho e do suposto pai são analisados. A impressão digital do DNA é composta por uma sequência vertical de faixas. No exame, todas as faixas da mãe são identificadas e marcadas, com isso as faixas restantes tem que ter correspondência com as de origem paterna, e se elas forem correspondentes com as do suposto pai, ele será o verdadeiro pai biológico. Este exame determina a filiação com a probabilidade de 99,999 % de acerto.

O exame de DNA na ação de investigação é tão relevante que mesmo em fase recursal é permitido o seu uso quando não foi realizado pelo o Juiz de primeiro grau, conforme julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Ação de investigação de paternidade. Prova. DNA. Princípio da identidade física do Juiz. CPC, art. 132.

[...]

II - Comprovado pela prova testemunhal que a mãe do autor manteve com exclusividade um namoro, ainda que breve, com o investigado, na mesma época da concepção e não afastada pelo único exame médico realizado a possibilidade de paternidade, é de se determinar o exame de DNA, que, por sua confiabilidade, permitirá ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão certeza, da efetiva paternidade. Não realizado, devem os autos retornar à origem para que o requerido exame seja feito, esclarecendo-se que a recusa do réu, quanto à sua efetivação, implicará presunção da sua paternidade.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(STJ. REsp. nº 317.119. (Proc. nº. 2001/0041589-0). Terceira Turma. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julg.: 04/11/2004. Dje.: 03/10/2005).

Essa permissão é pela defesa da busca da verdade real. Com a modernidade da ciência, o exame de DNA, apesar de não ser o único meio de prova, é recomendável para provar a filiação, pois ele permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade.

Por se tratar o exame de DNA de uma prova pericial, é permitido às partes, filho e suposto pai que indiquem assistentes técnicos para acompanhar o exame, para fiscalizar o trabalho do perito, apresentar quesitos e parecer técnico. O

assistente técnico é um auxiliar da parte e não um funcionário do Poder Judiciário, por isso, que eles não se submetem às regras de suspeição e impedimento.

Outro assunto relevantíssimo é a consequência da recusa injustificada do demandado em submeter-se à realização do exame de DNA. É amplamente majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial que não se pode conduzir o suposto pai para que seja obrigado a realizar o exame sem o seu consentimento, em razão dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano.

Entretanto, não podia o filho ficar a mercê do consentimento do suposto pai para a realização ou não do referido exame. Em razão disso, a Jurisprudência pátria estabeleceu uma presunção relativa em caso de recusa imotivada à realização da prova pericial de DNA, conforme súmula nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Ao adotar esse posicionamento o tribunal entendeu que por ser o exame de DNA um meio de prova fundamental para o reconhecimento da origem biológica, atribuiu a recusa imotivada dele uma presunção de verdade dos fatos. Todavia, a presunção não é absoluta devendo o juiz formar sua convicção juntamente com os outros meios de provas.

A partir de 2009, o legislador infraconstitucional editou a lei nº. 12.004, a qual passou a atribuir a presunção relativa em caso de recusa imotivada ao exame de DNA, conforme os artigos a seguir:

Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º A Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º- A:

Art. 2º- A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Portanto, o legislador sedimentou o posicionamento que já vinha sendo aplicado nos tribunais pátrios de que a recusa em realizar o exame de DNA não pode impedir o filho que descobrir sua identidade biológica, favorecendo, neste caso,

a busca pela verdade real e a defesa dos interesses do filho em ver assegurado princípios garantidos constitucionalmente como o da dignidade da pessoa humana e de conhecer sua identidade genética.

4.5 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: BUSCA DA VERDADE REAL E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA

A coisa julgada é a imutabilidade do dispositivo da sentença que serve para preservar a segurança jurídica. Entretanto, há uma discussão, atualmente, na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de relativizá-la, em situações excepcionais, independentemente de utilização de ação rescisória, quando as sentenças que transitarem em julgado se confrontem com outros valores tão ou mais importantes que a segurança jurídica.

Há uma corrente doutrinária que não admite relativizar a coisa julgada fora dos casos previstos em lei. Didier Jr. (2012, p. 452) defende essa tese ao lecionar:

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve-lhe ser assegurada uma solução definitiva, imutável para sua quizila.

Para essa corrente, enquanto houver possibilidade de mudança da sentença o conflito continuará representado certa angústia para as partes por não ter a decisão se tornado definitiva. Seus adeptos defendem que a coisa julgada tem por finalidade garantir a segurança jurídica, sendo considerado um verdadeiro direito fundamental do cidadão.

Marinoni (*apud* DIDIER JR., 2012, p. 453) também é contra a relativização da coisa julgada, conforme observa:

[...] há preocupação com as teses que pregam a relativização da coisa julgada, porquanto não garantem à correção do julgamentos dos magistrados. Afinal, admitir que o Estado - Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado - Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de

“relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. Enfim, quem garante que a nova decisão será justa.

A relativização, para eles, não garante justiça à nova decisão, mas com certeza gera insegurança jurídica para a sociedade. Pois não haveria critérios seguros e racionais para que ocorra essa relativização fora dos casos previstos em lei.

Eles defendem que diante da possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema, é previsto expressamente hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetiva-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também importante para a efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.

Para seus adeptos, o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê determinadas situações em que é possível relativizar a coisa julgada, é o que ocorre, por exemplo, com a ação rescisória, que deve ser proposta no prazo de 2 (dois) anos do trânsito em julgado da decisão. Esgotado esse prazo a matéria fica protegida pela coisa soberanamente julgada, não podendo mais ser revista. A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova situação, fora dos casos previstos em lei, para essa doutrina, não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário, que é a estabilização da sua vida depois do encerramento do processo que decidiu o litígio, como também parece ser uma tese fundada na ideia de impor um controle sobre as situações pretéritas.

Entretanto, há na atualidade uma forte corrente doutrinária defendendo que se afaste a coisa julgada mesmo em hipóteses não previstas em lei, fora das hipóteses de ação rescisória ou mesmo após esgotado o prazo legal de dois anos. Essa corrente é denominada de relativização atípica da coisa julgada.

Essa necessidade de retirar desse instituto o caráter de absoluto em razão de outro direito mais relevante no caso concreto, ocorre com evidência nas ações de investigação de paternidade. Essa é a ideia da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

O direito de ver reconhecido o vínculo biológico é um direito fundamental do indivíduo, sendo pressuposto para a efetivação da dignidade humana, a qual é um fundamento da República Federativa do Brasil.

Imagine a hipótese em que uma ação de investigação de paternidade tenha sido julgada improcedente por falta de provas. Cinco anos após o seu trânsito em julgado descobre-se mediante exame de DNA, realizado extrajudicialmente, que o investigado é realmente o pai biológico. Neste caso há dois princípios constitucionais em conflito: o da segurança jurídica e o da dignidade humana. Qual deve prevalecer no caso concreto? Farais e Rosenvald (2011, p. 687) estabelecem que:

[...] as regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro à Lex Mater, nem – o mais importante – se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade. 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, e afigura-se mais importante prevalecer o valor da justiça, pois sem ela não há liberdade qualquer.

Não é razoável que prevaleça a segurança jurídica em virtude da dignidade da pessoa humana, principalmente quando está em jogo um direito individual tão relevante que é o direito ao conhecimento da origem biológica. Portanto, em um juízo de ponderação de princípios constitucionais deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a relativização nas ações de investigação de paternidade, Donizetti¹ (2011) considera:

A relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade é, portanto, mais que desejável e necessária. A busca incessante da verdade real, e não há imposição de verdades formais ou presumidas, é que garantirá a paz social e a harmonia da vida em sociedade. A ciência jurídica constroi-se a partir dos fatos sociais, econômicos, políticos, científicos e tecnológicos, e como tal, deve acompanhar a evolução desses fatos, sob pena de se tornar inócua e despicienda àqueles que dela necessitarem.

¹ DONIZETTI, Elpídio. Da [em parte] absurda desconsideração da coisa julgada. (2011). Disponível em: <<http://www.elpidiodonizetti.com.br/2011/06/da-em-parte-absurda-desconsideracao-da-coisa-julgada/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

Dessa forma, o direito deve acompanhar os avanços da sociedade, e, no caso das ações de investigação de paternidade há a perícia do DNA, que é prova robusta e convincente para junto com as outras provas determinar a filiação de um indivíduo, garantindo, assim, seu direito a conhecer sua ascendência genética.

Há inclusive um enunciado da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nesse sentido:

Enunciado nº. 109 – Art. 1.605: 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 investigando.

Esse entendimento visa proteger os direitos inerentes à personalidade jurídica, dentre eles o direito à identidade biológica, que é muito mais do que o mero reconhecimento civil da existência de uma pessoa, mas que está intrinsecamente relacionada ao próprio direito à sua história, ao seu passado e às suas origens, o que é cada vez mais importante não apenas para se conhecer, mas até mesmo para o tratamento de diversos tipos de doenças, pois o ser humano, conhecendo a sua identidade biológica pode pelo menos dar melhor encaminhamento de soluções para sua vida.

Esse entendimento foi, recentemente, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº. 363.889:

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. (STF. RE 363.889. Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julg.: 02/06/2011. Dje.: 16/12/2011).

Neste recurso extraordinário foi analisado pela Corte Suprema a possibilidade de se afastar a coisa julgada de uma sentença em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas. O tribunal decidiu relativizar a coisa julgada por entender que o direito personalíssimo de conhecer sua origem biológica deve prevalecer em face do instituto da coisa julgada. O ministro Dias Toffoli, relator do processo no RE 363.889, em trecho de seu voto fundamentou:

É por isso que parece correto afirmar que, quando a demanda anterior foi julgada improcedente, por falta de provas quanto à realidade do vínculo paterno-filial que se pretendia ver reconhecido, a verdade biológica não foi alcançada e, por isso, nova demanda pode ser intentada, para que, com o auxílio de provas técnicas de alta precisão, tal verdade possa, enfim, ser estabelecida, em respeito à dignidade da pessoa humana desse ser que não tem tal vínculo determinado, em sua certidão de nascimento, direito personalíssimo esse cujo exercício nossa vigente Magna Carta lhe assegura, de forma incondicionada. E tudo como corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanção natural do estado da pessoa.

Portanto, é válido o afastamento do óbice da coisa julgada material formada por decisão de improcedência de pedido por falta de provas em demandas que se refiram à filiação, quando for alegada a viabilidade de produção técnica, principalmente o exame de DNA, apta a reverter o julgamento anterior, isto tudo,

como forma de garantir a dignidade do ser humano e promover a justiça através da ideia de proteção judicial efetiva.

Esse posicionamento não significa afastar a segurança jurídica, mas possibilitar que a parte esgote os meios probatórios em matéria de paternidade, considerando os avanços proporcionados pela ciência, sempre visando a busca pela verdade real.

5 CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou abordar a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade quando a sentença, transitada em julgado, julgou improcedente o pedido de reconhecimento de filiação com a justificativa de faltas de provas da filiação.

Foi visto no decorrer desse estudo que a coisa julgada é um direito assegurado constitucionalmente. Ela visa dar segurança jurídica às partes, para que o conflito não se eternize no tempo, e não gere insegurança social.

A coisa julgada, durante muito tempo, foi vista como um instituto absoluto, que só poderia ser afastado nos casos previstos lei. O meio mais utilizado para afastar a autoridade da coisa julgada era a ação rescisória. A doutrina e a jurisprudência não permitia a relativização da coisa julgada fora dos casos legais.

Entretanto, surgiu uma doutrina que defende a relativização da coisa julgada mesmo nas hipóteses não previstas em lei, denominada “relativização atípica da coisa julgada. Essa corrente atribui à coisa julgada um caráter relativo, que pode ser afastada diante da existência de outro princípio também constitucional.

Por outro lado, foi também analisado o direito das pessoas de conhecer sua identidade biológica como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, ambos garantidos também na Constituição federal de 1988.

Foi apresentada uma problemática sobre a possibilidade de uma sentença transitada em julgada, numa ação de investigação de paternidade que foi julgada improcedente por falta de provas ser novamente intentada. Para o aprofundamento do tema foram apresentados os argumentos contra e a favor da relativização da coisa julgada especialmente nas ações investigatórias da paternidade

Ao fim deste estudo que foi resultado de um intensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, defende-se a possibilidade de relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, quando a sentença julgar improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade por ausência de provas, e verificar-se que no caso concreto não foi produzido a prova pericial de exame de DNA.

O direito é dinâmico e não estático, portanto, deve ele ser adaptar às mudanças ocorridas na sociedade, dentre elas, com o surgimento do exame de

DNA. Ele trouxe para o julgador um elevado grau de probabilidade de que uma pessoa seja realmente pai de outra, cerca de 99,999 %. Essa quase absoluta certeza da identidade biológica de indivíduo atribui a esse exame um caráter de imprescindibilidade para fase probatória das ações de investigação.

A possibilidade de relativizar a coisa julgada nessas ações diante da ausência do exame de DNA é uma medida que visa assegurar o direito fundamental à identidade biológica, que está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República federativa do Brasil.

Discute-se nessa ação o direito de um filho conhecer seu pai biológico, de ter conhecimento de sua origem familiar, já que esta é considerada base da sociedade pela Constituição Brasileira.

A filiação, além de atribuir um vínculo biológico entre o pai e o filho, proporciona a possibilidade de existência do afeto entre eles, possibilitando, principalmente, que as crianças e adolescentes tenham garantidos a prioridade de seus interesses.

Essa possibilidade de relativizar a coisa julgada no caso concreto não significa atribuir menor importância à segurança jurídica, mas admitir que apesar de ela ser um instituto garantido constitucionalmente como um direito do cidadão contra atuação do Estado, trata-se de um direito relativo que em conflito com outro direito também previsto na Constituição Federal pode ser relativizado.

Isso é o que ocorre com a existência de conflito entre o direito à segurança jurídica e o direito à identidade biológica, este que com o advento da Constituição Federal de 1988, teve uma maior importância, pois a Carta Magna defendeu a família como valor fundamental da pessoa humana.

Portanto, realizando um juízo de ponderação de princípios, concorda-se com a teoria que defende a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em face da segurança jurídica, ou seja a que defende a relativização da coisa julgada, mediante a possibilidade de uma nova propositura de ação de investigação de paternidade para que possibilite a realização do exame de DNA e busque verificar a verdade real como medida de justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. **Lei nº. 10.406, de 24 de abril de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. **Lei nº. 12.004, de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº. 317.119**. (Proc. nº. 2001/0041589-0). Terceira Turma. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julg.: 04/11/2004. Dje.: 03/10/2005 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100415890&pv=000000000000>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 363.889**. Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julg.: 02/06/2011. Dje.: 16/12/2011.) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: editora Jus Podivm, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Ed. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1 e 2. Salvador: Juspodivum, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1 e 2. Salvador: Juspodivum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.5. Direito de Família. Ed. 25. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Da [em parte] absurda desconsideração da coisa julgada**. (2011). Disponível em: <<http://www.elpidiodonizetti.com.br/2011/06/da-em-parte-absurda-desconsideracao-da-coisa-julgada/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias** – Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. Ed. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. V. 5. Direito de Família e Sucessões. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**, Ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitideiro. Ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Ed. 7. V. 2. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MESSÉDER, Hamubi. **Provas e concursos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. Ed. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. Ed. 4. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**, Ed. 10. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. V. 2. Ed. 6. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.