

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

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

Débora Zanelli Grotti

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

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

Débora Zanelli Grotti

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Silas Silva Santos.

Presidente Prudente/SP
2006

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito

Silas Silva Santos

Eduardo Gesse

Sheila dos Reis Andrés

Presidente Prudente/SP, 24 de novembro de 2006

Dedico esta monografia à minha família, pela compreensão, dedicação e incentivo em todos os momentos: meus pais, Gessé e Sandra, meus irmãos, Marcelo, Fernando e Daniele, meu sobrinho, João Pedro e minhas cunhadas Joanita e Adriana.

Mostra de que nós, no Direito, tendemos a nos render a dogmas, é a vassalagem à idéia da intangibilidade da coisa julgada. Não é isso o que diz a literalidade do art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira. Mais importante: no campo dos direitos fundamentais (e, mais amplamente, no dos princípios), é aceite que cada qual não é absoluto; que eles devem conviver e, eventualmente, compor-se com outros valores igualmente importantes.

Walter Claudius Rothenburg

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que é a minha vida e sustentação e que tem estado comigo em todos os momentos de minha vida.

Agradeço aos meus pais, Gessé e Sandra, eles que me deram a vida, todo seu amor, compreensão, carinho, atenção e a oportunidade de estar cursando essa faculdade e fazendo esse trabalho.

Também, agradeço meus irmãos, minhas cunhadas e meu sobrinho, pela força e compreensão naqueles momentos mais difíceis.

Agradeço aos meus amigos e colegas de sala, que muitas vezes nos ajuda com informações, artigos, livros, e principalmente atenção e carinho nas horas em que precisamos, não só para a conclusão deste trabalho, mas durante todo o curso.

Agradeço a faculdade e todos os professores, pelos ensinamentos, os quais nos fizeram crescer, não só como juristas, mas como homens e mulheres.

Agradeço ao meu orientador Silas Silva Santos, a quem tenho muito respeito e admiração, principalmente por sua competência como jurista, no qual me despertou o interesse na disciplina de Processo Civil, e pelas horas de dedicação para a conclusão deste trabalho.

Enfim, agradeço a todos aqueles que direta e indiretamente contribuíram de alguma forma para com a realização desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa traçar os aspectos da mitigação da coisa julgada frente às ações de investigação de paternidade. Ou seja, visa demonstrar o conflito de princípios existentes nestes casos, de um lado o princípio da dignidade humana, refletida no direito ao estado de filiação e à identidade, buscando a justiça das decisões; e de outro lado a autoridade da coisa julgada, junto com o princípio da segurança jurídica, que busca a estabilidade das relações. Com a finalidade de demonstrar os casos em que ocorre a mitigação da coisa julgada, inicia-se este trabalho com os conceitos e fundamentos da coisa julgada, filiação, direitos de personalidade e ação de investigação de paternidade, neste ponto, examina-se com muita atenção as provas usadas nestas ações, com enfoque principal no exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), com a intenção de demonstrar a credibilidade, valor e importância desta prova. Num momento posterior, analisa-se a teoria dos princípios, ressaltando a magnitude dos princípios, bem como a forma de solucionar os conflitos existentes entre eles, dando um breve enfoque nos princípios mais relevantes para este estudo, quais sejam: princípio da proporcionalidade, da segurança jurídica e da dignidade humana. E em um último momento, analisa-se a mitigação da coisa julgada material, demonstrando as teses contrárias e favoráveis ao abrandamento das hipóteses de mitigação, ressaltando a colocação do direito de filiação como um direito de personalidade, e assim, resguardado pelo princípio da dignidade humana, por derradeiro demonstram-se quais os princípios em conflito, explanando algumas propostas de mitigação. No término dessa monografia, conclui-se que quando encontramos princípios constitucionais em conflito, deve-se o juiz balancear tais dentro do caso concreto, havendo, assim, necessidade de uma mitigação da *res judicata* em alguns casos, fazendo isso de forma racional.

Palavras-chaves: Coisa julgada. Filiação. Direito de personalidade. Princípios. Ação de investigação de paternidade. DNA.

ABSTRACT

The present work aims at to trace the aspects of the mitigation of the considered thing front to the actions of inquiry of paternity. That is, it aims at to demonstrate the conflict of existing principles in these cases, of a side the principle of the dignity human being, reflected in the right to the state of filiation and the identity, searching the justice of the decisions; e of another side the authority of the judged thing, together with the principle of the legal security, that searchs the stability of the relations. With the purpose to demonstrate the cases where the mitigat of the judged thing occurs, this work with the concepts and beddings of the judged thing, filiation, rights of personality is initiated and action of inquiry of paternity, in this point, examines with much attention the used tests in these actions, with main approach in the DNA examination (acid desoxirribonucléico), with the intention to demonstrate the credibility, value and importance of this test. At a posterior moment, it is analyzed theory of the principles, standing out the magnitude of the principles, as well as the form to solve the existing conflicts between them, giving a brief approach in the principles most excellent for this study, which is: principle of the proportionality, the legal security and the dignity human being. E at a last moment, analyzes it mitigation of the material considered thing, demonstrating the contrary teses and favorable to the abrandamento of the mitigation hypotheses, standing out the rank of the filiation right as a personality right, and thus, protected for the principle of the dignity human being, for last the principles in conflict are demonstrated to which, explanando some proposals of mitigation. In the ending of this monograph, it is concluded that when we find principles constitutional in conflict, must the judge be balanced such of the case inside concrete, having, thus, necessity of a mitigation of res judicata in some cases, making this of rational form.

Word-keys: Considered thing. Filiation. Right of personality. Principles. Action of inquiry of paternity. DNA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 COISA JULGADA	11
1.1 Introdução.....	11
1.2 Noções preliminares	11
1.3 Natureza jurídica	14
1.4 Conceito	18
1.5 Fundamento	20
1.6 Espécies	21
1.8 Preclusão e a coisa julgada.....	27
1.9 Limites objetivos da coisa julgada	28
1.10 Limites subjetivos da coisa julgada	32
1.11 Efeitos da coisa julgada.....	36
2 CONCEITO E FUNDAMENTOS DE FILIAÇÃO, DIREITO DE PERSONALIDADE E AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	39
2.1 Introdução.....	39
2.2 Filiação	39
2.2.1 Conceito.....	39
2.2.2 Classificação	41
2.3 Direitos de Personalidade.....	43
2.3.1 Conceito.....	43
2.3.2 Natureza Jurídica	44
2.3.3 Características	46
2.3.4 Classificação	48
2.4 Pater is est.....	50
2.5 Ação de Investigação de Paternidade	52
2.5.1 Reconhecimento da paternidade	52
2.5.1.1 Conceito	52
2.5.1.2 Espécies	53
2.5.2 Ação de investigação de paternidade	58
2.5.2.1 Conceito	58
2.5.2.2 Natureza Jurídica	59
2.5.2.3 Legitimidade	60
2.5.2.4 Interesse de agir.....	62
2.5.2.5 Possibilidade jurídica.....	63
2.5.2.6 Provas	64
2.5.3 DNA – Ácido Desoxirribonucléico	68
3. PRINCIPIOS	72
3.1 Introdução.....	72
3.2 Teoria dos princípios	72

3.3 Princípio como norma jurídica	74
3.4 Conflito de normas	75
3.5 Princípio da proporcionalidade	77
3.5.1 A relação do princípio da proporcionalidade na resolução do conflito entre os demais princípios e garantias constitucionais	80
3.6 Princípio da segurança jurídica	80
3.7 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	83
4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	86
4.1 Introdução.....	86
4.2 Ação rescisória.....	86
4.3 Coisa julgada inconstitucional	91
4.4 Relativização da coisa julgada: conceito e considerações gerais	94
4.5 Relativização nas ações de investigação de paternidade	99
4.5.1 Filiação como direito de personalidade.....	99
4.5.2 Princípios em conflito.....	103
4.5.3 Decisões de mérito antes e depois do exame de DNA.....	104
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa analisar a relativização da coisa julgada frente às ações de investigação de paternidade. Para esse estudo, primeiramente se busca analisar os conceitos e fundamentos jurídicos de todas as matérias envolvidas ao tema, para, ao término desta pesquisa acadêmica, mostrar as hipóteses específicas de relativização, com seus limites, dando uma grande ênfase ao choque de princípios encontrados nesse caso especificamente.

De um lado, se encontra o princípio da segurança jurídica, onde se busca a garantia e estabilização das decisões, e, conseqüentemente, das relações, através do instituto da coisa julgada, contribuindo, dessa forma, para a manutenção do Estado Democrático de Direito. De outro lado, o princípio da dignidade humana, de onde se baseia o direito a filiação, onde após as modificações diante dos novos valores introduzidos pela Constituição Federal, foi introduzido como um direito de personalidade.

Diante dessa colisão de princípios tão importantes ao ordenamento jurídico, necessário é saber àquele caso concreto qual princípio buscará a verdadeira justiça. A busca da imutabilidade das decisões jurídica têm grande relevância, uma vez que essa traz segurança à toda uma sociedade, mas essa imutabilidade deve ser revista e estudada quando está em jogo a justiça da decisão.

Dessa forma, o que será discutido é que frente às ações de investigação de paternidade, uma vez, hoje, se encontra avanços tecnológicos, que podem dar uma certeza da paternidade de quase cem por cento, não se admite que continuem existindo decisões, as quais já se tornaram imutáveis, que não declaram a realidade fática. Sendo, que também, se busca, com essa mitigação a proteção de direitos fundamentais.

Portanto, há duas teses a serem estudadas ao longo desse estudo, uma que reclama a imutabilidade das decisões prolatadas pelos juizes, buscando a estabilidade ao Poder Judiciário, e a outra que luta pela justiça das decisões, onde se deve evitar as injustiças e essas se tornem eternas, lesando direitos e ferindo o princípio da dignidade humana.

Assim, inicia-se essa pesquisa, abordando o instituto da coisa julgada, trazendo seu conceito, fundamentos, natureza, teorias. No segundo capítulo, se encontra o conceito e classificação da filiação, os fundamentos jurídicos acerca dos direitos de personalidade, e num momento final deste capítulo, um estudo das ações de investigação de paternidade, com ênfase nos exames de DNA. Já, no terceiro capítulo, se faz uma abordagem da teoria dos princípios e do conflito de princípios, trazendo em especial um breve dos princípios fundamentais á presente monografia, quais são: o princípio da proporcionalidade, o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o último capítulo se dedica a discussão específica da relativização da coisa julgada. Iniciando-se, com a ação rescisória e a coisa julgada inconstitucional, para depois abordar o conceito de relativização e as teorias pró e contra. Momento posterior refere-se ao cabimento, aos fundamentos, á forma e à importância do abrandamento da coisa julgada, demonstrando a necessidade de se buscar uma mitigação racional, para que se resguarde a justiça e a dignidade da pessoa humana.

1 COISA JULGADA

1.1 Introdução

A coisa julgada é o instituto que tem como finalidade conferir segurança jurídica às decisões judiciais não mais sujeitas a recursos, através de sua imutabilidade e indiscutibilidade.

Para o presente estudo e trabalho monográfico da relativização da coisa julgada frente às ações de investigação de paternidade vários institutos ligados ao tema terão que ser ponderados.

Primeiramente, iniciaremos analisando a coisa julgada, seu conceito, fundamento, bem como a distinção entre coisa julgada material e formal, vendo as hipóteses em que se opera a coisa julgada, e em quais apenas ocorre a preclusão. Fixado esses conceitos, passaremos a abordar tal instituto frente aos seus limites, para que em momento posterior passemos a ver a possibilidade de sua relativização.

Pois, a proposta deste trabalho é apresentar a coisa julgada como sendo uma garantia fundamental relativa, sendo que sua imutabilidade poderá ser revista frente a uma decisão com conteúdo inconstitucional ou injusto.

1.2 Noções preliminares

Vivendo em sociedade, o homem necessita cada vez mais de bens que lhe garantam a sobrevivência e evolução. E a lei tem a função de coordenar a vida em sociedade, já que impõe normas de conduta indispensáveis à manutenção da justiça e da segurança de cada um e da sociedade, no geral.

Com isso, o Direito busca evitar o surgimento de conflitos de interesses, prescrevendo a consequência do descumprimento de um imperativo legal.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do eqüitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 19).

Tal conflito pode ser resolvido particularmente pelos próprios interessados, por meio do qual um deles reconhece o direito do outro, ou opta pela renúncia de seu direito em face do outro, havendo, assim, composição voluntária entre as partes.

Assim, quando surge um conflito de interesses em que não se consegue sua composição fora da atividade jurisdicional do Estado, o processo será a única forma para resolver tal conflito, através do Estado-Juiz, uma vez que o Estado avocou para si o monopólio da função de dirimir conflitos de interesses.

O Estado, então, no exercício da jurisdição, resolve os conflitos de interesse substituindo a vontade das partes, valendo-se para tanto do processo, que, nas palavras de Eduardo Coutere, “nasce com a iniciativa do autor, delimita-se com a contestação do demandado, e culmina com a sentença do juiz”. (...) (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 52).

Portanto, processo pode ser denominado como sendo o instrumento através do qual se opera a função jurisdicional do Estado, que se desenvolve com o objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça.

O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 277).

Como conceitua o Humberto Theodoro Júnior, processo é *o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público* (...) (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 43).

Cabe ressaltar, que o processo não busca apenas definir os direitos das partes, como também, busca atingir um interesse maior, qual seja: o interesse

público, onde se vê a aplicação da lei no caso concreto, buscando a composição dos conflitos.

Por sua vez, sentença é o ato de inteligência do juiz, uma vez que é um ato lógico decorrente de um silogismo, sendo a premissa maior a lei, a menor o fato, que redundando em uma conclusão, onde o juiz acolhe ou rejeita a pretensão. É, também, um ato de vontade da lei, onde se busca aplicar a lei no caso concreto, pondo fim ao processo, com ou sem o julgamento do mérito.

Sentença é o ato culminante do processo de conhecimento. Na sentença, o juiz, na qualidade de representante do Estado dá, com base em fatos, na lei e no direito, uma resposta imperativa ao pedido formulado pelo autor, bem como à resistência oposta a esse pedido, pelo réu, na defesa apresentada. Mesmo não havendo defesa, e tendo sido o réu revel, não fica liberado o Estado – Juiz do dever de resolver a pretensão, o que é feito essencialmente pela sentença. (ALVIM, 2003, p. 642).

Portanto, o juiz, no transcorrer de todo o processo, intervém constantemente, sendo para proferir decisões *lato sensu* (que são as sentenças), como as *strito sensu* (que são as decisões interlocutórias).

As decisões interlocutórias são aquelas que impulsionam o processo para a decisão final, resolvendo questões incidentes, enquanto as sentenças são aquelas que extingue as relações processuais.

Importante ressaltar, que o conceito de sentença foi modificado pela lei nº 11.232/05, no qual traz como nova redação: *sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta lei* (artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil).

Nesta linha, pouco importa que a decisão tenha ou não atingido o mérito. De fato, não é relevante para a conceituação que se trata de decisão definitiva ou terminativa. Destarte, o Código mantém quanto à sentença um critério que leva em conta unicamente os seus efeitos, pouco importando o conteúdo declarado na relação jurídica. (ALMEIDA JUNIOR, 2006).

Porém, há de se observar que os artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil também tiveram suas redações modificadas, onde a expressão “julgamento

de mérito” foi modificada por “resolução de mérito”. E, também, no artigo 269 não se encontra mais a dicção que a sentença que resolve o mérito põe fim ao processo. Contudo, esse não é o objeto de nosso estudo.

Para a redação do Código de Processo Civil, a coisa julgada atinge somente as sentenças e os acórdãos.

Portanto, a coisa julgada é decorrência de uma sentença. Todavia, alguns doutrinadores a têm considerado como sendo um dos efeitos da sentença, como veremos a seguir.

1.3 Natureza jurídica

Vários são os efeitos da sentença (declaratórios, constitutivos e condenatórios, e para alguns doutrinadores, ainda temos a mandamental e executiva lato senso).

Por sua vez, a coisa julgada por muito tempo foi considerada como sendo um efeito da sentença. E muitos juristas tentaram conceituar e explicar a natureza jurídica de tal instituto, o fundamento de sua autoridade. Resumidamente, tais foram as teorias a respeito.

Uma das teorias fundamentava a autoridade da coisa julgada na presunção de verdade contida na sentença. Assim, para essa teoria a finalidade do processo é a busca da verdade, pois a sentença é declaratória de um direito, devendo o magistrado buscar a concretização da verdade, onde *a coisa julgada é vista como imposição daquela verdade declarada na sentença*. (SILVA, 2005, p. 115).

Porém, tais decisões podem ser injustas, e se injustas são, não revelam a verdade absoluta, pode-se dizer que seja, então, uma presunção de verdade, daí o nome teoria da presunção de verdade, adotada por Pothier.

Ora, não obstante no mais das vezes a sentença observe bem os fatos, certo é que muitas vezes estes não são bem conhecidos ou apreciados, donde a existência de sentenças injustas por *error facti*. Contudo, essas sentenças também produzem coisa julgada. Da circunstância de também as sentenças injustas fazerem coisa julgada, deduziam

naqueles juristas que nem sempre a sentença reproduz a verdade. Não se pode dizer, pois, que a sentença seja a verdade, mas tão-só a *presunção de verdade*. (...) (SANTOS, 2000, p. 46).

Deste modo, *a coisa julgada estabelecerá uma presunção legal de verdade absoluta dos fatos constantes e resolvidos pela sentença* (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 103).

Para a outra teoria, partindo da mesma premissa que a anterior, de que a sentença, quando faz coisa julgada, pode estar acobertando situações injustas e/ou inverídicas, a autoridade da coisa julgada está na ficção de verdade existente na sentença, pois aquilo que foi declarado como verdadeiro, não poderá mais ser discutido. Por isso o nome dado é teoria da ficção da verdade, adotada por Savigny.

(...). Como também a sentença injusta faz coisa julgada e, por isso, aquilo que a sentença injusta declara não pode mais deixar de ser reconhecido como verdade, não só pelas partes, como ainda por qualquer juiz, no mesmo ou em outro processo, na sentença nada mais há do que uma *ficção da verdade*. (SANTOS, 2000, p. 46).

Pagenstecher, um dos defensores da teoria materialista, ou também denominada teoria da força legal, substancial, da sentença entende que toda sentença cria direito novo, cria um *plus* que se ajusta à certeza, e esse *plus* que lhe dá autoridade de coisa julgada. *E a sentença, pelo seu trânsito em julgado, atribui ao direito novo (direito substancial), por ela criado, força de lei*. (SANTOS, 2000, p. 47).

(...). Os defensores da teoria “materialística” vêem na coisa julgada a criação de um novo fundamento substancial à declarada existência ou inexistência da relação deduzida em juízo, uma causa por si só de constituição ou de extinção dela. Salientar-se-ia particularmente essa forma de eficácia da coisa julgada no caso de sentença injusta, que daria vida a um direito inexistente ou extinguiria o antes existente. (LIEBMAN, 1984, p. 42/43).

A teoria da eficácia da declaração fundamenta a autoridade da coisa julgada na eficácia da declaração de certeza contida na sentença, daí o nome dado a tal teoria, defendida dentre outros por Hellwing, onde *acabou por*

identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz. (LIEBMAN, 1984, p. 17).

Para esta teoria, apenas os efeitos declaratórios da sentença fazem coisa julgada. Pois essa declaração tem o condão de formar um direito novo. E mesmo as sentenças condenatórias têm uma declaração de direito.

(...) Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer que seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ela possa produzir. (...). (LIEBMAN, 1984, p. 17/18).

Para a teoria da extinção da obrigação jurisdicional, defendida por Ugo Rocco, o fundamento da coisa julgada está na extinção da obrigação jurisdicional, como também, na extinção do direito de ação. Isso, porque, a sentença é o ato que põe fim ao processo, dessa forma, o Estado presta sua obrigação jurisdicional, extinguindo também o direito de ação.

Ugo Rocco advertia que os conceitos de sentença e coisa julgada se prendiam aos conceitos de ação e jurisdição. Do direito de ação, emergia a obrigação jurisdicional do Estado, de resolver o conflito, declarando o direito aplicável ao caso. Uma vez julgado, haveria a extinção da obrigação jurisdicional, importando na extinção do direito de ação, promovendo-se, destarte a coisa julgada. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 105).

Chiovenda, em sua teoria da vontade do Estado, defende que a autoridade da coisa julgada é a vontade do Estado, com base em outra vontade, a lei, que atribui à sentença a qualidade de ato estatal, irrevogável e de força obrigatória. Colocando, assim, a coisa julgada como efeito da sentença. Liebman, em sua obra, assim expõe: *Assim, por exemplo, para Chiovenda, a coisa julgada consiste “na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença”.* (LIEBMAN, 1984, p. 46).

A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto, e só a

isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. (CHIOVENDA *apud* ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 106).

Carnelutti, por sua vez, diz que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, sendo que está na imperatividade do comando da sentença a coisa julgada.

Contudo, para ele, *o comando da sentença pressupõe o comando existente na lei, mas com este não se identifica necessariamente. (...) Este comando, que se traduz numa declaração de certeza, contém imperatividade, por emanar do juiz, por consistir um ato estatal.* (SANTOS, 2000, p. 50).

Por sua vez Carnelutti adota a teoria afirmando que existe diferença entre eficácia e imutabilidade da sentença, o que é correto. Porém, este doutrinador se equivoca, adiante, ao equiparar a autoridade da coisa julgada (ou coisa julgada material) à eficácia da sentença, qual seja, a imperatividade do comando da sentença (da declaração nela contida) por ser ato estatal, emanada de órgão do Estado. Por sua vez, a imutabilidade da sentença, chamada de coisa julgada formal, consistiria na impossibilidade de impugnação da decisão pela via recursal, ou seja, consubstanciaria-se na preclusão de todos os recursos. Segundo este autor, a eficácia da sentença poderia existir antes da sua imutabilidade; conclusão que se afigura correta. Todavia, seguindo premissas postas por Carnelutti, chegar-se-ia ao incoerente da coisa julgada material anteceder o trânsito em julgado da sentença. (SILVA, 2005, p. 118).

Ainda, há a teoria de Calamandrei, que afirma que o prolator da sentença ao analisar as provas trazidas aos autos, essas não mais são do que indicativos de verossimilitude, ao passo que a coisa julgada extraída dessa decisão transmuda-se em uma certeza jurídica.

Por fim, surge a teoria de Liebman, onde esse vê a coisa julgada como *uma qualidade especial da sentença, a reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).* (SANTOS, 2000, p. 50).

Coube a Liebman a precisa distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença. Segundo sua lição, coisa julgada é uma qualidade (“autoridade”) dos efeitos da sentença – e não um de seus efeitos. É o “modo de ser”, o modo como se manifestam e vigoram os efeitos da

sentença – sejam eles quais forem (declaratórios, constitutivos ou condenatórios, de acordo com a classificação tradicional, vigente à época da obra de Leibman). (TALAMINI, 2005, p. 33).

A sentença tem eficácia, ou seja, tem aptidão de gerar efeitos, sendo ela emitida em conformidade com a lei. Mas enquanto produz apenas a sua eficácia natural, ainda está sujeita a ser reformada. Com a preclusão de todos os recursos, a sentença se torna imutável, tendo a partir daí a coisa julgada, ou seja, uma qualidade especial que reforça a eficácia da sentença.

Nisso, consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente como a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que seja, do ato próprio. (LIEBMAN, 1984, p. 54).

Assim, a coisa julgada tem natureza jurídica de qualidade dos efeitos da sentença, e não, como muitos doutrinadores, por um longo período consideravam a coisa julgada como sendo um efeito da sentença.

1.4 Conceito

Como já visto, desenvolveram-se duas linhas de pensamento sobre o conceito de coisa julgada. Uns entendendo a coisa julgada como o efeito da sentença, tornando-se imutável e eficaz, e outros entendendo a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da própria sentença, a imutabilidade, que não é um efeito da sentença nem uma complementação da própria sentença, mas apenas um atributo dos efeitos originais do julgado.

Conforme a doutrina de Liebman os efeitos principais da sentença são a condenação, a declaração e a constituição. A coisa julgada é uma qualidade desses efeitos.

A eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada são inconfundíveis, mas podem ou não coincidir cronologicamente. Em regra, elas se coincidem, muito embora se possa ter uma sentença que ainda não transitou em julgado, mas já produz seus efeitos, por exemplo nas ações de alimentos, como, também, pode acontecer de a sentença já ter operado a coisa julgada, mas ainda não começou a produzir seus efeitos, que ocorre nas hipóteses em que a sentença esteja sujeita a um termo ou condição.

Contudo, coisa julgada, segundo a definição majoritária, é qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença, que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente.

Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis da sentença. (LIEBMAN, 1984, p. 19).

Portanto, quando a sentença não for mais suscetível de reexame, não podendo mais ser reformada por meio de recurso, ocorre o trânsito em julgado da sentença, tornando-se, assim, imutável dentro e fora do processo. E aí se tem o que denominamos coisa julgada.

Além do mais, ao conceituar coisa julgada no Código de Processo Civil, o legislador seguiu a teoria ensinada por Enrico Tullio Liebman, já que conceituou coisa julgada como uma qualidade da sentença.

Não é a coisa julgada um efeito da sentença, mas a sua própria eficácia, ou aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios, e que a torna imutável e indiscutível, quando não mais sujeita a qualquer recurso, mesmo o extraordinário. (SANTOS, 2000, p. 52).

O artigo 467 do Código de Processo Civil define coisa julgada material como sendo *a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*, não adotando literalmente, dessa forma, a concepção de Liebman.

Assim, deve-se entender por coisa julgada *a imodificabilidade da eficácia da sentença declaratória contida numa sentença emanada da atividade jurisdicional, não mais sujeita a recurso*. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 66).

1.5 Fundamento

Conceituado o instituto da coisa julgada, impõe-se, por ora, entender a sua razão de existir, o motivo pelo qual a sentença tem que se revestir do manto da imutabilidade e da indiscutibilidade.

O principal fundamento para este instituto é que a necessidade da sociedade, reconhecida pelo Estado, é evitar a perpetuação dos litígios, ou seja, a própria lei quer pôr um fim nas controvérsias existentes entre as partes. Para isso, a lei confere à sentença a coisa julgada, dando a ela força de lei, para que não seja novamente discutida em um outro processo.

Assim, como diz Giuseppe Chiovenda: *para que a vida se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo (...) exigência social da segurança no gozo dos bens*. (CHIOVENDA *apud* ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 115).

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação em valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mais imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*. (THEODORO JUNIOR, 1998, p. 530).

Assim, a coisa julgada busca a pacificação social, que também é o escopo da jurisdição, através da imutabilidade da decisão, fazendo com que não se perpetuem os conflitos.

O fundamento da existência desta coisa julgada está em questões políticas e jurídicas com vistas à segurança jurídica, em outras palavras, a manutenção da ordem jurídica.

1.6 Espécies

Uma vez entregue a tutela jurisdicional pelo Estado, através da sentença, tornando-se irretroatável, ou seja, o juiz não pode modificá-la, e, quando estiverem esgotados todos os prazos de recurso para as partes, seja porque todos foram utilizados e decididos, ou porque decorreu o prazo para interposição deles, ocorre o que chamamos de coisa julgada formal.

Assim, a coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade dentro do processo, pois não há mais a possibilidade de interposição de recurso, já que esses são os atos de impugnação da sentença no processo em que foi proferida. Nas palavras de Eduardo Talamini: *(...) a coisa julgada formal consiste na impossibilidade da revisão da sentença dentro do próprio processo em que foi proferida, depois que ocorreu o seu trânsito em julgado.* (TALAMINI, 2005, p. 131).

A outra espécie é a coisa julgada material, que consiste na imutabilidade dos efeitos da decisão fora do processo em o que foi proferida, impedindo, assim, que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide.

Da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença, no mesmo processo em que foi proferida, porque a sentença se tornou ou é impugnável. (...). Dá-se a máxima preclusão: não é mais possível a reforma da sentença no processo em que foi proferida.

Mas a essa qualidade da sentença se acrescenta uma outra, que lhe dá autoridade além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos. (...). Assim, fala-se da coisa julgada

material ou substancial, como autoridade da coisa julgada. (...). (SANTOS, 2000, p. 44).

No mesmo sentido expõe Liebman:

É a primeira (coisa julgada formal), uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda (coisa julgada material) a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira. (LIEBMAN, 1984, p. 60).

Assim, a diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material é relevante somente para indicar a possibilidade ou não de análise da mesma questão em uma nova demanda, já que a coisa julgada formal apenas impede a rediscussão do assunto dentro do mesmo processo, enquanto, a coisa julgada material impede o ajuizamento de uma nova ação, fora do processo no qual já se proferiu a decisão.

E para diferenciar quais atos judiciais ficam sob a cobertura da coisa julgada material, ou apenas pela coisa julgada formal, importante é analisar o conteúdo da decisão proferida na sentença, que será objeto de análise no próximo tópico.

(...), a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a coisa julgada substancial indicada a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos.

Esfumam-se assim, quanto à formulação, embora permaneçam de fato, também as conseqüências da distinção. A unidade do conceito impede, sem mais, que os seus dois aspectos se possam cindir e manter-se separados conforme o objeto da sentença. Assim, uma sentença que julgar os pressupostos processuais (por exemplo, competência) ou a admissibilidade de um meio de prova, ou despache em geral sobre o processo, não se pode dizer que logre uma coisa julgada diversa da que acolhe ou rejeite a demanda como fundada ou infundada. Verdade é que no primeiro caso tem a sentença efeito meramente interno no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo, porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este. Mas a diferença está toda no comando contido na sentença e nos efeitos, não na coisa julgada, que permanece sempre a mesma. (LIEBMAN, 1984, p. 60/61).

1.7 Atos jurisdicionais e a coisa julgada

Dessa forma, o âmbito de incidência da coisa julgada recai apenas sobre atos jurisdicionais, contudo, mais especificamente, sobre aqueles atos que contenham um suficiente grau de intensidade de cognição.

Primeiramente, vale distinguir que em se tratando de processo de conhecimento, são atos praticados pelo juiz, as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos de mero expediente, conforme expresso no artigo 162 do Código de Processo Civil.

Os despachos de mero expediente têm por finalidade apenas impulsionar o processo, não tendo carga decisória, podendo ser modificados ainda no curso do processo em que foram proferidos, sendo que, aliás, são irrecorríveis.

A eficácia de tais despachos, que são de conteúdo processual, afetam somente o processo em que foram proferidos, por isso, dizer que esses despachos não têm nem mesmo efeito preclusivo.

De acordo com o artigo supra citado, em seu parágrafo segundo, *decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*. Assim, decisão interlocutória é todo e qualquer pronunciamento do juiz, decidindo qualquer controvérsia que aconteça no curso do processo.

Dessas decisões, quando não recorridas em momento oportuno ou transitadas em julgado, ocorre tão somente a preclusão, impedindo o seu reexame no mesmo processo, não fazendo, dessa forma, coisa julgada.

Já, as sentenças, são aqueles atos praticados pelo juiz que põem fim ao processo, não importando se a decisão tenha ou não atingido o mérito, conforme a nova redação do parágrafo primeiro do artigo já mencionado, modificado pela Lei nº 11.232/05.

As sentenças podem ser terminativas ou definitivas. As sentenças terminativas são aquelas que põem fim ao processo, contudo, não resolvem o mérito, em face da ausência de pressupostos processuais, de condições da ação ou pela existência de pressuposto processual negativo. Por outro lado, as sentenças definitivas são aquelas que resolvem o mérito da causa.

Como já dito, mas importante ressaltar novamente, a Lei nº 11.232/05 alterou os artigos 267 e 269, ambos do Código de Processo Civil, modificando as expressões “sem julgamento do mérito” para “sem resolução de mérito”; e a expressão “com julgamento do mérito” para “haverá resolução de mérito”.

Assim, os efeitos declaratórios, condenatórios ou constitutivos, que são aqueles efeitos gerados pelas sentenças de mérito, produzem coisa julgada. São aquelas que, de acordo com o artigo 468 do Código de Processo Civil, quando transitadas em julgado, adquirem força de lei, ou seja, autoridade da coisa julgada.

As sentenças terminativas, também chamadas de sentenças processuais, que são aquelas previstas no artigo 267 do mesmo *codex*, não fazem coisa julgada, apenas transitam em julgado, pois nessas as partes continuarão na mesma situação que se achavam antes do início do processo, não impedindo que a lide seja novamente instaurada e decidida em novo processo, salvo quando o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, baseado no acolhimento de alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada.

Tais sentenças só geram efeito preclusivo, aquilo que a doutrina chama de “preclusão *pro iudicato*” e são acobertadas somente pela coisa julgada formal.

Também não produzem coisa julgada material as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária, pois nesses processos não há lide a ser decidida. E como já visto, a coisa julgada material só de perfaz em sentenças que resolvem a lide.

Tem-se entendido que a jurisdição voluntária tem natureza mais administrativa e consiste na tutela do interesse público nos negócios jurídicos privados. Na jurisdição voluntária não há partes e nem contraditório. Não há processo, lide, ação e, portanto, coisa julgada. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 92).

É chamada de administração pública de direitos ou interesses privados, pois, continua o doutrinador, *a função da jurisdição voluntária não é reparar direitos violados, mas constituir direitos que só se formam com a intervenção do Estado.* (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 92).

O mesmo ocorre com as sentenças proferidas em processos cautelares, já que esses se destinam a obter medidas preventivas, que podem ser revogadas ou modificadas a qualquer momento, e também nelas não se discute mérito, e, além disso, as decisões cautelares estão subordinadas à sentença proferida na ação principal, onde cessa a eficácia da medida cautelar com o trânsito em julgado da decisão proferida no processo principal.

Contudo, importante ressaltar, conforme dispõe o artigo 810 do Código de Processo Civil, que tem como redação: *o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.*

Assim, se na ação cautelar o juiz acolher alegação de decadência ou prescrição do direito do autor, fará coisa julgada material, pois conforme artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, alegação de decadência e prescrição haverá resolução de mérito.

Assim, estão alheios a coisa julgada material os atos judiciais não decisórios (p. ex., os atos executivos), as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito, as sentenças que encerram o processo executivo (pois não julgam o mérito). Estão também alheias, (...) as sentenças de cognição sumaria (p. ex., nos processos urgentes, nas jurisdições voluntárias etc.). (TALAMINI, 2005, p. 31).

Em relação à antecipação de tutela, também não há coisa julgada, em vista do disposto no artigo 273, § 4º, do Código de Processo Civil, que autoriza a revogação ou modificação da tutela a qualquer tempo.

Às sentenças que não produzem coisa julgada material, há autores que acrescentam as sentenças referentes a relações jurídicas continuativas, conhecidas por sentenças determinativas ou dispositivas.

Tais relações jurídicas são as *“reguladas por regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualificativos”* (MIRANDA *apud* SANTOS, 2000, p. 55), assim, são aquelas que se protraem no tempo e cujos elementos são variáveis, *nas quais o*

juiz decide segundo as circunstâncias ou segundo a equidade, e está revestido em certa medida de poder discricionário. (LIEBMAN, 1984, p. 23).

Conforme expresso no artigo 471, I do Código de Processo Civil as questões referentes à relação jurídica continuativa admite revisão da sentença, quando sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, já que sobre essas decisões repousa a cláusula *rebus sic standibus*.

A cláusula *rebus sic standibus* admite a readequação da decisão prolatada às circunstâncias de fato ou de direito que se modificarem.

Quanto às sentenças proferidas nas ações coletivas, farão coisa julgada segundo a natureza do direito material controvertido, bem como os motivos que levaram ao julgamento. Por exemplo, uma ação é julgada improcedente por falta de provas, permitir-se-á a reproposição da demanda.

No processo de execução os comandos pronunciados pelo juiz também podem adquirir a imutabilidade característica da autoridade da coisa julgada, como no caso da sentença de arrematação, segundo o entendimento de Liebman.

Contudo, segundo o direito brasileiro, a coisa julgada somente se perfaz nas sentenças de mérito, e o processo de execução não tem sentença de mérito, nestas o juiz apenas realiza a satisfação de um direito pré-existente e consubstanciado a um título executivo.

Nesse ponto, o direito brasileiro afasta-se do texto: a coisa julgada material é fenômeno específico da sentença de mérito; e o processo de execução não tem sentenças de mérito (salvo, evidentemente, os processos de conhecimento incidentais no processo de execução, como os embargos, onde há sentença e coisa julgada); os comandos pronunciados pela autoridade judiciária no processo de execução não adquirem a imutabilidade característica da autoridade da coisa julgada. No caso de execução não embargada, equipara-se o resultado do processo ao adimplemento: tratando-se de pagamento forçado, a execução não embargada sujeitar-se-ia às regras comuns da validade do pagamento. (LIEBMAN, 1984, p. 70).

Contudo, pode ocorrer do juiz extinguir o processo de execução reconhecendo que houve a satisfação da obrigação (artigo 794, I do Código de

Processo Civil), nessas ocasiões haverá coisa julgada material, uma vez que a obrigação foi satisfeita, não havendo mais o objeto.

Por sua vez, quando são interpostos os embargos à execução, estes têm natureza de ação, havendo discussão, dilação probatória, além disso, o juiz exerce atividade cognitiva, que é própria da ação de conhecimento. Assim, a sentença que é proferida ao final decide o mérito, sendo, portanto, suscetível da autoridade da coisa julgada.

Assim, conclui-se que a coisa julgada formal atinge todas as sentenças, sejam elas terminativas, como as definitivas. Já a coisa julgada material atinge somente as sentenças de mérito, como também os processos de execução em que há a satisfação da obrigação e os embargos de execução, já que esses têm natureza de ação.

E, as sentenças proferidas em processo de execução, como as que concedem tutelas de urgência, em regra não são acobertadas pela autoridade da coisa julgada, contudo, se essas sentenças reconhecerem a prescrição ou decadência serão sentenças de mérito, e em conseqüência farão coisa julgada.

1.8 Preclusão e a coisa julgada

Preclusão consiste na *perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto*. (SANTOS, 2000, p. 56).

A preclusão pode ser temporal, lógica ou consumativa.

Diz-se preclusão temporal aquela que provém do esgotamento do prazo para o exercício de uma determinada faculdade processual. Preclusão lógica se dá quando a prática de um fato se faz incompatível com a prática de outro ato. Por sua vez, preclusão consumativa é aquela ocorrida pelo anterior exercício do poder ou faculdade.

Importante salientar que a preclusão tem efeitos somente no processo em que foi proferido o ato decisório, não se estendendo a outro processo.

Assim, como visto no tópico anterior, as sentenças terminativas e as decisões interlocutórias não fazem coisa julgada material, contudo quando transitadas em julgado ocorre a preclusão.

Tal fato ocorre, pois, tanto nas sentenças terminativas, como nas decisões interlocutórias, a preclusão ocorre dentro do processo, impedindo que sejam suscitadas e discutidas as questões por ela decididas.

Contudo, isso não impede que tais questões sejam levantadas e decididas em outro processo.

Também, nas sentenças definitivas, aquelas que decidem o mérito, quando transitam em julgado, operando, assim, a autoridade da coisa julgada, ou seja, tal decisão se torna imutável e indiscutível, tornam preclusas todas as alegações e defesas que a parte poderia ter oposto e não opôs, conforme dispõe o artigo 474 do Código de Processo Civil.

As alegações e defesas omitidas “reputar-se-ão deduzidas e repelidas”, não mais podendo ser aventadas em futuro processo sobre a mesma lide, nada obstando, entretanto, sejam discutíveis e sujeitas a decisão em outro processo referente à lide diversa à daquela em que se operou a coisa julgada. (SANTOS, 2000, p. 58).

Quanto aos despachos, como já visto, sobre eles não ocorre a preclusão, haja vista que o juiz poderá reapreciá-los e reformá-los no curso do processo.

1.9 Limites objetivos da coisa julgada

A coisa julgada sofre algumas limitações, tanto de ordem objetiva, como de ordem subjetiva. E quando se trata dos limites objetivos da coisa julgada significa estabelecer quais partes da sentença se tornam imutáveis.

A sentença, como já vimos, é o ato por excelência do juiz, onde nela se busca aplicar a lei no caso concreto, pondo fim ao processo, com ou sem o julgamento do mérito. A sentença é composta de três partes, quais sejam: o

relatório, a fundamentação e a conclusão, também chamada de dispositivo ou decisão.

No relatório o juiz faz uma síntese do processo, indicando as partes litigantes, os principais acontecimentos e as pretensões deduzidas pelas partes. Na fundamentação o juiz desenvolve o seu raciocínio, especificando como formou seu convencimento. É no dispositivo que o juiz determina se acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor.

O artigo 468 do Código de Processo Civil dispõe que *a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*

Primeiramente, a finalidade do processo é compor a lide existente entre as partes, dando aplicação ao direito objetivo frente a uma situação. Onde, lide ou litígio é o conflito de interesses a ser solucionado no processo, *importa na existência de questões, que são aqueles pontos, de fato e de direito, em que se controvertem as partes.* (SANTOS, 2000, p. 60).

E exatamente em vista disso, que a lei processual civil, em seu artigo 128, traz que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, não podendo conhecer de questões que não foram suscitadas.

Assim, a sentença faz coisa julgada e tem força de lei nos limites da lide que foi projetada no processo, pois o que é julgado na sentença é a lide que foi proposta entre as partes.

Para o julgamento da lide é necessário que sejam decididas as questões suscitadas pelas partes, onde visa o acolhimento ou a rejeição do pedido feito pelo autor, é o pedido deste o objeto da ação, sobre o qual o juiz deve se pronunciar, devendo se ater a ele, não podendo ir além ou fora, conforme o artigo 459 do Código de Processo Civil.

Como a sentença *é a resposta do juiz ao pedido do autor.* (SANTOS, 2000, p. 62), é em sua conclusão que o Estado-Juiz vai se pronunciar sobre o pedido, dizendo se o acolhe ou rejeita, sendo esse que se torna imutável por força da coisa julgada.

Assim, segundo o entendimento majoritário da doutrina, apenas o comando, ou seja a parte dispositiva da sentença que faz coisa julgada material. Nas palavras do grande jurista: *é só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão* (LIEBMAN, 1984, p. 55).

Mesmo havendo entendimentos contrários, o Código de Processo Civil, em seu artigo 469 e seus incisos, expressamente diz quais as partes da sentença que não fazem coisa julgada.

Artigo 469 do Código de Processo Civil: Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Como visto, o regime adotado pela lei brasileira, influenciado pelos ensinamentos de Liebman, se encaminha no sentido que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada material, ou seja, fica sob o manto da imutabilidade, onde *os motivos apenas se prestam para o esclarecimento do dispositivo, e com essa função esclarecedora podem se inserir a este, sem que, entretanto, se reflitam fora do processo com autoridade de coisa julgada.* (SANTOS, 2000, p. 64).

(...) Paula Batista, quando afirmou que “a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e os pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos”. Significa isso que os motivos da sentença não são objetos da coisa julgada, mas devem ser considerados para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão. (LIEBMAN, 1984, p. 55).

Quanto à verdade dos fatos, trazida pelo inciso II do artigo 469, essa é resultante da apreciação das provas, sendo inserida entre os motivos da sentença. Por isso, além do inciso II, também não faz coisa julgada material em

face do disposto no inciso I do mesmo artigo, onde só passa em julgado o dispositivo da sentença, e não sua motivação.

Um fato tido como verdadeiro em um processo, pode muito bem ter sua inverdade demonstrada em outro processo, sem que a tanto obste a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual. Naturalmente, o segundo julgamento, embora baseado no mesmo fato, há de referir-se à lide ou questões diversas, porquanto não será lícito reabrir-se processo sobre o que já foi decidido e se acha acobertado pela *res iudicata*. (THEODORO JUNIOR, 1998, p. 536).

Já o inciso III do artigo 469 dispõe que também não faz coisa julgada a apreciação de questões prejudiciais decidida incidentalmente no processo.

Questões prejudiciais *são aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma* (SANTOS, 2000, p. 65).

Tais questões não fazem coisa julgada material quando são apreciadas e resolvidas incidentalmente no processo, pois, isso não ocorrerá, caso sejam provocadas por meio da ação declaratória incidental, conforme artigo 470 do Código de Processo Civil.

Ainda, também, se estende à *res iudicata* aquelas questões que poderiam ter sido discutidas no processo, mas não foram, pois a finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, absorvendo, assim, as questões discutidas e as que poderiam ser.

Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas não são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo. (LIEBMAN, 1984, p. 57/58).

Portanto, a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença.

1.10 Limites subjetivos da coisa julgada

Em relação às limitações subjetivas que sofre a coisa julgada, significa dizer quem são atingidos pela imutabilidade da *res iudicata*, ou seja, se limita somente às partes da relação processual ou atinge também terceiros.

(...) limites subjetivos, porque a imutabilidade vale somente entre as partes, isto é, quando o caso decidido ponha de novo frente á frente as mesmas pessoas que participaram do processo; só elas, com efeito, puderam fazer ouvir e valer as suas razões no processo que se ultimou com o julgado, e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo (...) (LIEBMAN, 1984, p. 55/56).

Assim, a regra é que somente as partes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada, conforme o próprio artigo 472, em sua primeira parte, do Código de Processo Civil, onde terceiros estão livres dos efeitos da coisa julgada.

Contudo, tal posicionamento não foi pacífico, de modo que, ao longo dos tempos, desenvolveram-se muitas teorias, no sentido de explicar uma abrangência maior da coisa julgada, atingindo terceiros, que são sujeitos estranhos à relação entre as partes.

A doutrina romana seguia o princípio de que a autoridade da coisa julgada atingia somente as partes e não terceiros, pois esses não podem ser prejudicados. Onde, tal princípio se justificava no elementar sentimento de justiça.

Já a doutrina do direito comum concebia uma extensão da coisa julgada àqueles terceiros, estranhos ao processo, que tivessem um interesse secundário naquela relação jurídica decidida, que dizia respeito somente às partes.

(...) esforçou-se em estender a coisa julgada a algumas categorias de terceiros, arquitetando uma hierarquia entre os vários interessados na relação jurídica e admitindo que a sentença pronunciada entre os interessados principais obrigasse também, e igualmente, os que tinham um interesse secundário: (...) (A sentença proferida contra alguém, a quem toca o negócio principalmente, prejudica em certa consequência necessária àquele a quem toca o negócio acessoriamente, embora não citado nem chamado para o processo) (LIEBMAN, 1984, p. 81).

Posteriormente, nos tempos modernos, Savigny desenvolveu a chamada teoria da representação, que consiste na *extensão da coisa julgada a terceiros em razão de laços de representação que estes tivessem com uma das partes e também a terceiros cujo interesse estivesse representado no processo por uma delas* (SANTOS, 2000, p. 70).

Outras doutrinas, como a alemã, seguida da italiana, apresentou a teoria dos efeitos reflexos da sentença. Em outras palavras, a coisa julgada produz efeitos diretos entre as partes, que são aqueles efeitos queridos e previstos, mas também, produzem efeitos indiretos ou reflexos em relação a terceiros, que são aqueles inevitáveis, não sendo queridos e nem previstos.

Como efeito principal da sentença, observa-se a coisa julgada, que por sua vez, atinge terceiros, como efeito reflexo da decisão.

Como todo fato jurídico produz, além de seus efeitos diretos, efeitos reflexos, que são a repercussão natural e inevitável dos primeiros, assim também produz a sentença entre as partes a eficácia direta da coisa julgada, a que se ligam efeitos reflexos para os terceiros, obrigados necessariamente a reconhecer a formação da coisa julgada entre as partes. (LIEBMAN, 1984, p. 86).

Assim, toda a doutrina desenvolveu-se nesse sentido, variando apenas na amplitude dos terceiros que eram atingidos, por via reflexa, pela coisa julgada. Para Wach *quando tenha sido uma sentença proferida entre os legítimos contraditores, a coisa julgada entre as partes opera, enquanto tal, em relação a todos* (WACH apud SANTOS, 2000, p. 71). Outros doutrinadores passaram a limitar quais terceiros eram atingidos pela coisa julgada, passando a excluir aqueles que pudessem sofrer um prejuízo jurídico com a sentença prolatada.

Nesse sentido, para toda a doutrina, a sentença produzia a coisa julgada como um de seus efeitos, onde em determinados casos, atingiam terceiros de forma inevitável (efeito reflexo).

Liebman vem mostrar que o erro das teorias anteriores está em considerar a coisa julgada como sendo um dos efeitos da sentença, e não como uma qualidade especial, de torná-la imutável.

Em conseqüência desta visão de coisa julgada, Liebman distingue a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada. Desta distinção nasce que a eficácia natural da sentença é *erga omnes*, ou seja, vale para todos, enquanto a coisa julgada existe somente entre as partes.

Contudo, mesmo a eficácia da coisa julgada não atingindo terceiros, esses, se prejudicados pela sentença, poderão opor-se, buscando demonstrar sua ilegalidade ou injustiça. E segundo a teoria de Liebman, esses terceiros se dividem em três categorias:

Na primeira categoria encontram-se os terceiros indiferentes, que são *todos aqueles que nenhum prejuízo sofrem por motivo da sentença* (SANTOS, 2000, p. 73), ou seja, são os *estranhos à relação e sujeitos de relação compatível com a decisão* (LIEBMAN, 1984, p. 92).

Na segunda categoria encontramos os terceiros praticamente interessados, que são aqueles em relação aos quais a sentença trouxe algum prejuízo prático ou econômico. Nesse, temos como exemplo, *os credores do vencido que em uma ação reivindicatória perde a propriedade do bem, diminuindo o patrimônio garantidor de sua dívida. Porém, o direito creditício do terceiro permanece intacto* (SILVA, 2005, p. 140).

E finalmente, na terceira categoria encontram-se os terceiros que sofrem algum prejuízo jurídico com os efeitos da sentença, podendo ser discutidos em juízo, tendo em vista que a sentença lhes obsta um direito. Estes são os terceiros juridicamente interessados.

Enrico Tullio Liebman (1984) exemplifica da seguinte forma: numa ação reivindicatória entre 'A' e 'B' a sentença que declara 'B' proprietário não impede que o terceiro 'C', verdadeiro proprietário venha a propor demanda comprovando que tem o domínio daquele bem. Se isso não se verificasse possível, o direito de propriedade de 'C' estaria prejudicado. (SILVA, 2005, p. 140).

Nessa última categoria, também, encontram-se os terceiros com interesse igual ao das partes, sendo que o interesse do terceiro é da mesma natureza que o das partes. Por exemplo, na ação reivindicatória entre 'A' e 'B', onde o 'C' também poderia reivindicar a propriedade da coisa, uma vez que esse último fosse o

verdadeiro proprietário. Estes podem opor-se à sentença buscando demonstrar a sua injustiça ou ilegalidade.

Como, ainda, os terceiros cujo interesse jurídico é de categoria inferior ao das partes, pois estes são titulares de relações jurídicas dependentes da relação jurídica julgada no processo.

Como no caso do Poder Público ser condenado por ato ilícito praticado por funcionário, sendo que, em futura ação de regresso, o funcionário que não participou do processo principal poderá se insurgir contra a sentença demonstrando que a mesma é ilegal ou injusta. (SILVA, 2005, p. 140).

Por fim, importante salientar, de forma sucinta, a aplicação dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas – ações que versem sobre a tutela de interesses difusos, transindividuais e individuais homogêneos, com previsão na Lei da Ação Popular (artigo 18, da Lei nº 4.171/65), na Lei da Ação Civil Pública (artigo 16 da Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (artigo 103, da Lei nº 8.078/90).

Com o Código de Defesa do Consumidor houve a consagração da coisa julgada *secundum eventus litis* (segundo o resultado do processo), ou seja, *para a formação da coisa julgada, seria necessário analisar qual o tipo de interesse que estava em juízo, e qual o motivo que ensejou o julgamento* (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 98).

E, quando se tratar de interesse individual homogêneo, haveria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, pois qualquer um dos legitimados poderia intentar outra ação, valendo-se de uma nova prova.

Deste modo não são todas as sentenças de mérito proferidas em sede de ações coletivas que promovem a coisa julgada. Por citar, se uma ação desse calibre é julgada improcedente por falta de provas, permitir-se-ia a reposição da demanda. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 99).

Outrossim, a coisa julgada produzirá efeitos em relação a terceiros quando estes intervierem no processo nos casos previstos na legislação, a saber: assistência, denúncia à lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo, e recurso de terceiro prejudicado. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 88).

Portanto, conforme o artigo 472 do Código de Processo Civil, a coisa julgada opera somente em relação às partes entre as quais é dada a sentença. Os efeitos da sentença atingem as partes, tornando-se, para elas, imutáveis, e alcançam terceiros, sem tornarem imutáveis, podendo ser, por elas, combatidas em determinadas ocasiões.

1.11 Efeitos da coisa julgada

Por derradeiro, cumpre tecer alguns breves comentários sobre quais são os efeitos da coisa julgada material.

São três os efeitos da coisa julgada material: eficácia positiva, eficácia negativa e eficácia preclusiva.

E a eficácia negativa é um vínculo imposto aos juizes que não podem reapreciar a questão anteriormente decidida e acobertada pela coisa julgada material, *traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.* (WAMBIER; MEDINA. 2003. p. 22).

Por um lado, tem uma função (ou aspecto, ou eficácia) “negativa”. Consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual recai a coisa julgada. É nesse sentido que a coisa julgada funciona como pressuposto processual negativo. (TALAMINI, 2005, p. 130).

A eficácia positiva consiste na faculdade de vincular o juízo futuro àquela já examinada, cujo conflito tenha sido liquidado, *a coisa julgada é o instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro* (WAMBIER; MEDINA. 2003. p. 21).

Por outro, há a função (ou aspecto, ou eficácia) “positiva” da coisa julgada. O *decisum* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material (...). (TALAMINI, 2005, p. 130).

Quanto ao efeito positivo há duas correntes acerca da sua natureza. Para alguns a natureza é material, uma vez que todas as sentenças, até mesmo as declaratórias, tem em si um caráter constitutivo, passando a ser a fonte da relação jurídica substancial. Contudo, outros entendem ter natureza processualista, pois, a sentença, mesmo se referindo a uma relação jurídica substancial, não afeta a relação substancial, apenas dá uma versão desta. Já, o efeito negativo tem natureza processualista.

Celso Neves (1971) expõe que *a função da coisa julgada é, pois, dúplici: de um lado define, vinculativamente a situação jurídica das partes; de outro lado impede que se restabeleça, em um outro processo, a mesma controvérsia.* (NEVES, 1971, p. 489).

Entretanto, importante salientar, para que a coisa julgada apresente a função negativa é preciso observar se na nova demanda há a identidade dos elementos da ação, quais são: partes, causa de pedir e pedido (artigo 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil). Assim, se presentes esses três elementos na nova demanda, essa será idêntica à outra já decidida e transitada em julgado, havendo coisa julgada nos termos do artigo supra citado.

Por ser, esta matéria de ordem pública, tendo em vista que nova demanda, mais do que prejudicar a partes, configura-se afronta à atividade jurisdicional do Estado e à segurança jurídica da sociedade como um todo, deve ser conhecida de ofício pelo julgador, ou suscitada pela parte. (SILVA, 2005, p. 147).

Contudo, modernamente, embora, esteja caminhando para a aceitação da dupla função do instituto da coisa julgada, essa questão da existência do efeito positivo e negativo da coisa julgada não é unânime, sendo que para Liebman exista somente a função negativa da coisa julgada.

Segundo Liebman, essa eficácia positiva “não tem nada que ver” com a coisa julgada. Seria “simplesmente a eficácia natural da sentença”: a simples produção dos efeitos da sentença perante outro juiz. Porém, esse outro juiz só está obrigado a observar tais efeitos, só se vincula cogentemente a eles, se o comando de que eles advêm estiver acobertado pela coisa julgada – conforme constata o próprio Liebman. Com efeito, daí se pode extrair que a chamada “eficácia positiva da coisa julgada” não é expressão exclusiva do fenômeno da coisa julgada.

Expressa também os efeitos (declaratórios, constitutivos) da sentença. Mas certamente, sem a coisa julgada, a “eficácia positiva” não se poria como tal: o juiz do segundo processo não ficaria vinculado à solução já dada pelo *decisum* da sentença anterior à questão que ora funciona como prejudicial. Enfim, é sempre a autoridade da coisa julgada que faz o juiz ficar vinculado ao conteúdo do comando anterior seja para negar novo julgamento, seja para decidir tomando aquele comando como premissa necessária. O mesmo e único fenômeno – a coisa julgada – apresenta esses dois aspectos, expressa-se dessas duas maneiras. (TALAMINI, 2005, p. 131).

Por fim, a eficácia preclusiva, que está disposta no artigo 474 do Código de Processo Civil, que tem como redação: *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.*

Para a ilustre doutrinadora Ada Pellegrini Grinover (2002) explana a eficácia preclusiva da coisa julgada segundo a qual *a imutabilidade se estende a todas as questões decididas e, bem ainda, a toda matéria que poderia ser oposta tanto ao acolhimento, quanto à rejeição do pedido (CPC, art. 474)* (GRINOVER, 2002, p. 28).

Nesta esteira, Eduardo Talamini dispõe que:

Trata-se de uma imposição necessária, uma decorrência lógica, da vigência da coisa julgada. Idêntica diretriz por-se-ia ainda que a regra do art. 474 não existisse. Não faria sentido consagrar a coisa julgada e, ao mesmo tempo, abrir o flanco a ataques fundados em questões vencidas.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, tal imposição só se aplica nos limites da coisa julgada que se formou. Alegações que constituam ou integrem outra causa de pedir ou que sejam relevantes para outro pedido que não tenha ficado prejudicado pela coisa julgada anterior poderão ser formuladas em outro processo – e isso mesmo quando elas fossem também relevantes para o processo que já se decidiu. Sustentar o contrário implicaria cercear o direito de ação do jurisdicionado relativamente a pretensões que ele jamais formulou antes – o que o art. 5º, XXXV, da Constituição não tolera. (TALAMINI, 2005, p. 86/87).

2 CONCEITO E FUNDAMENTOS DE FILIAÇÃO, DIREITO DE PERSONALIDADE E AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

2.1 Introdução

Após a análise feita no capítulo anterior sobre instituto da coisa julgada, passará a verificar o conceito de filiação e dos direitos de personalidade, neste último verificando a discussão em volta de sua natureza jurídica, passando por suas características e suas diversas classificações adotadas pelos juristas.

Em momento posterior, analisará a ação de investigação de paternidade, que é uma das formas de reconhecimento, uma vez que temos também o reconhecimento voluntário.

2.2 Filiação

2.2.1 Conceito

Filiação é a *relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram*. (VENOSA, 2003, p. 266).

Filiação é o conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. (LÓBO, 1999. p. 135).

Assim, filiação é um conceito de relação de parentesco existente entre o filho e os pais, gerando dessa relação um complexo de direitos e obrigações para

as partes, *é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos.* (VENOSA, 2003, p. 265).

Buscando na fonte do instituto jurídico, voltamos ao direito Romano, constatando que todas as famílias se pautavam em cultos religiosos, eram cultos domésticos, onde o chefe da família reunia todos os membros em torno do altar, baseando o culto aos antepassados. *Eram deuses particulares, cujo culto pertencia a cada família, e no qual o estranho não podia ser admitido.* (PEREIRA, 1996, p. 8).

O vínculo de parentesco era baseado na chamada *agnatio*, que eram aqueles que adoravam o mesmo antepassado, possuindo, assim, a mesma religião.

Em vista disso, nesta época, somente era filho aquele que fosse introduzido no culto da família, podendo dar continuidade ao mesmo, e não aquele baseado na consangüinidade.

Insta ressaltar, também, que em vista disso, o culto se transmitia somente de varão a varão, pela linha masculina da família.

E como o culto se transmitia de varão a varão, a descendência que continuaria os ritos contava-se na linha masculina, e parentes eram só os que provinham de um tronco ancestral comum nesta linha – *agnatio* – e filho só era aquele que o pai apresentava diante do altar, como continuador do seu culto.

A filiação não se assentava na consangüinidade, uma vez que a *generatio* era insuficiente, desacompanhada do cerimonial religioso, para fazer do recém-nascido um agnado.

Por outro lado, o filho adotivo, ainda que não compartilhasse do mesmo sangue, era *verdadeiro filho*, porque introduzido no culto ancestral.

Como o *pater* ao mesmo tempo era o sacerdote (*pontifex*), o juiz (*domesticus magistratus*) e o chefe (*caput*) pertenciam à família os que se achavam submetidos à sua autoridade, que compreendia o *poder* sobre os filhos (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*) e sobre os escravos (*dominica potestas*). (PEREIRA, 1996, p. 8).

Contudo, diante da crescente evolução e complexidade da sociedade romana, o culto doméstico foi enfraquecendo, e com isso, ao lado do *agnatio*, desenvolveu-se a *cognatio*, ou seja, o parentesco consangüíneo e a linha feminina da família, não se levando mais em conta, somente, a transmissibilidade do culto.

Já, nos dias de hoje, há várias formas de parentesco. Em um primeiro plano, colocamos a consangüinidade, que é a *relação que vincula, umas às outras, pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral*. (PEREIRA, 2004, p. 309).

Ao lado desta, colocamos mais duas outras formas de parentesco, quais sejam: por afinidade e adoção. O parentesco por afinidade é aquele que nasce da aproximação do cônjuge aos parentes do outro, enquanto o por adoção é aquele parentesco advindo entre o adotante e o adotado.

Frisa-se, porém, que o enfoque deste trabalho está apenas na filiação consangüínea.

Sendo assim, filiação é a relação de parentesco existente entre os consangüíneos, sendo estes em linha reta e de primeiro grau, ou seja, são aqueles filhos na relação de ascendentes com descendentes, nascidos do mesmo tronco ancestral, pertencentes a gerações que se sucedem diretamente (artigos 1.591 e 1.594 do Código Civil).

2.2.2 Classificação

Existe uma diferenciação entre filhos, que nos dias de hoje, ainda se pode vislumbrar, apenas para fins didáticos, uma vez que com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, e que é repetido no artigo 1.596 do Código Civil, igualou todos os filhos, vedando qualquer designação discriminatória entre os filhos tidos dentro ou fora do casamento.

A equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao idêntico tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto à origem da procriação. A distinção entre filiação legítima e ilegítima possui modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória. Inevitável, contudo, que seja mantida a diferença terminológica e conceitual para compreensão dos respectivos efeitos. (...). (VENOSA, 2003, p. 268).

Até a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 havia uma clara diferenciação entre os filhos tidos fora do casamento com aqueles ditos legítimos, tidos durante o matrimônio, com várias diferenciações.

Assim, os filhos se classificavam em:

a) Filhos legítimos: aqueles concebidos na constância do casamento, ainda que o casamento fosse nulo ou anulável, se contraído de boa fé. Tem por base o casamento dos pais quando da concepção.

b) Filhos legitimados: aqueles concebidos ou nascidos de pais não casados, mas que posteriormente conceberem núpcias, legitimando a prole.

c) Filhos ilegítimos: aqueles que são concebidos ou nascidos de pais que não são unidos pelo matrimônio. E esses se dividem em:

- naturais: que são aqueles filhos tidos por pais que não são unidos pelo casamento, mas que não apresentam impedimento para o matrimônio, sendo livres e desimpedidos.

- adulterinos: são aqueles em que os pais além de não serem casados, têm impedimento para o casamento, sendo que os dois ou um deles é casado com terceiro.

- incestuosos: são aqueles em que o impedimento decorre da consangüinidade.

d) Filhos adotivos: são aqueles que são recepcionados por pessoas que não são seus pais biológicos, *cria o vínculo jurídico artificialmente, decorrente de um ato de vontade*. (VENOSA, 2003, p. 269).

Contudo, como já dito, essa classificação se vislumbra somente para fins didáticos, pois *hoje, juridicamente, só se pode falar em filiação matrimonial e não-matrimonial; vedadas estão, portanto quaisquer discriminações*. (DINIZ, 2002a, p. 395).

Assim, filhos matrimoniais são aqueles concebidos na constância do casamento, nulo ou anulável, ou aqueles concebidos antes do casamento e nascidos durante a sua vigência, por reconhecimento dos pais. E os filhos não-matrimoniais são aqueles decorrentes de relações extramatrimoniais.

2.3 Direitos de Personalidade

2.3.1 Conceito

Primeiramente é importante salientar resumidamente o conceito de pessoa e de personalidade jurídica, para posteriormente definir os direitos de personalidade.

Assim, pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, também chamados de sujeito de direito, que é aquele sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial. (DINIZ, 2002, p. 115/116).

Contudo, liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que é um atributo jurídico, *se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. (SZANISWSK, 1993, p.35).*

Ligá-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeitos das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade. (DINIZ, 2002, p. 116).

Assim, como já dito, a personalidade é um atributo jurídico que se estende a todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, que demonstra a aptidão de serem sujeitos com direitos e obrigações.

Sob a denominação de direitos de personalidade compreendem-se os direitos essenciais à pessoa humana e, portanto, a ele ligados de maneira absoluta, destinados a proteção contra ataques que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar

que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. (TELLES JUNIOR *apud* DINIZ, 2002, p. 119).

Portanto, os direitos de personalidade são direitos subjetivos que visam proteger valores superiores do ser humano, que lhe garantem a existência e a dignidade, que são valores inatos da pessoa humana, a fim de que se possa ser reconhecido como tal, que lhes são atribuídos com o nascimento.

2.3.2 Natureza Jurídica

Ainda não há um consenso sobre a natureza jurídica dos direitos de personalidade, em vista de ter sido, ainda, muito pouco estudada e explorada.

Até mesmo em relação à denominação como direitos de personalidade ainda não é unânime na doutrina e jurisprudência. Encontra-se várias terminologias, originando-se, dessa maneira, controvérsias em relação à natureza jurídica de tais direitos.

Apesar de ser predominante o termo “direitos de personalidade”, encontramos: direitos individuais, direitos sobre a pessoa, direitos pessoais, direito de estado, direitos inatos, direitos personalíssimos, direitos à personalidade, ou essenciais ou fundamentais da pessoa, entre outros.

Contudo, insta ressaltar que o termo “direitos de personalidade”, além de ser predominante entre os doutrinadores, este termo foi empregado e consagrado, sendo que foi introduzido no atual Código Civil brasileiro.

Já, em relação à natureza jurídica dos direitos de personalidade, para os positivistas, como De Cupis e Tobeñas, os direitos de personalidade são direitos subjetivos e que devem ser incluídos como direitos de personalidade apenas os reconhecidos pelo Estado, pois este lhe dá força jurídica.

E, ainda, esses escritores constituem os direitos de personalidade como sendo direitos inatos, contudo, há direitos que não são inatos ao homem, como por exemplo, o direito moral do autor, onde tal direito não nasce com a pessoa, mas com a obra, sendo que são tutelados somente porque há previsão legal que os garantem.

Os naturalistas, como Limongi França, entendem os direitos de personalidade como direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana, sendo, então, inatos ao homem. E, para esses, os direitos de personalidade que são adquiridos, como o direito moral do autor, estão entre os direitos de personalidade inerentes ao homem, como reflexo de personalidade.

Assim, para a maioria dos autores, os direitos de personalidade são direitos inatos.

Por isso, parece-nos, os direitos de personalidade se enquadram dentro do conceito de um direito natural, por justamente apoiarem-se na natureza das coisas. Apesar da grande oposição por alguns autores à existência do direito natural, reputando-o como uma simples idéia ou princípio, preferimos nos colocar entre os pensadores que o reconhecem. Pois ensina Del Vechio que o direito natural se afirma como princípio deontológico indicando aquilo que *deve ser*, mesmo não o sendo na realidade. Sua existência se evidencia por vigorar idealmente, e se dá a ocorrência desta vigência ideal quando o fato é violado. Afirma o jusfilósofo seu pensamento dizendo que a violação se produz no mundo fenomênico, mas não destrói a lei que é sobreordenada ao fenômeno. Estes princípios emanados do direito natural assegurarão o respeito da dignidade da pessoa humana, donde surgirá a noção de direitos de personalidade em todos os seus aspectos e amplitude. (SZANIAWSKI, 1993, p. 91).

Como o que acontece com o direito moral do autor, onde a moral é direito inerente do homem, antes mesmo de produzida a obra, pois tal direito se manifesta com a criação da obra, que não pode ser confundida com a existência, que é anterior.

Portanto, os direitos de personalidade são aqueles próprios da pessoa humana e aqueles referentes à sua projeção para o mundo exterior.

Em nosso entender, pois, os direitos de personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ser humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade). (BITTAR, 1989, p. 10).

2.3.3 Características

Os direitos de personalidade têm seus caracteres próprios. Por serem inerentes a própria condição de pessoa, tais direitos são absolutos e indisponíveis, só se extinguindo com a morte de seu titular.

São os direitos que transcendem, pois, ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, *de lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares. (BITTAR, 1989, p. 11).

Assim, os direitos de personalidade são direitos: absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Os direitos de personalidade são absolutos, ou também chamados de exclusão, por serem oponíveis *erga omnes*, implicando um dever geral de abstenção.

São extrapatrimoniais porque são direitos insuscetíveis de aferição econômica, ou seja, o objeto sobre o qual recaem, que são os atributos inerentes a pessoa humana, não podem ser avaliados economicamente. Sendo que, em caso de lesão se impossível for a reparação *in natura* e o retorno ao *status quo ante*, a indenização será o equivalente.

Os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral (GOMES, 2000, p. 152).

Também, são intransmissíveis, uma vez que não podem ser transferidos a esfera de outrem por título gratuito, nem oneroso, ou seja, são inseparáveis de seu titular.

Em regra, são indisponíveis, ou seja, insuscetíveis de disposição, não podendo ser disposto, já que são atributos intrínsecos.

Contudo, essa característica é relativa, uma vez que os direitos de personalidade podem ser objeto de contrato, podendo ser negociados o direito moral do autor, bem como o direito à imagem, e também, a disponibilidade de partes do corpo, sendo ainda vivos, como já morto.

São, em regra, indisponíveis, insuscetíveis de disposição, mas há temperamentos quanto a isso. Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito de imagem (...). Logo, os direitos de personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de *merchandising* para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la, (...), expandindo, assim, a publicidade do produto. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa. (DINIZ, 2002, p. 120).

Assim, são indisponíveis, por via contratual, certos direitos – mediante instrumentos adequados (como os de licença, de cessão de direitos e outros específicos) – podendo, portanto, vir a ser utilizados por terceiros e nos termos restritos aos respectivos ajustes escritos. (BITTAR, 1989, p. 12).

São irrenunciáveis, pois não podem ultrapassar a esfera de seu particular, não podem ser renunciados.

Ainda, os direitos de personalidade são impenhoráveis, sendo que não podem ser penhorados, objeto de execução forçada. Tal característica advém da extrapatrimonialidade, uma vez que se o direito de personalidade não pode ser alienado, conseqüentemente, não poderá ser penhorado, por força do artigo 649, inciso I, do Código de Processo Civil.

São imprescritíveis, ou seja, não se extinguindo nem pelo não uso durante um lapso de tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-lo.

Os direitos de personalidade também são necessários e inexpropriáveis, *por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ele viver por dizerem respeito à qualidade humana* (DINIZ, 2002, p. 120/121).

Vitalícios, pois terminam, em regra, com óbito de seu titular, não se perdendo ao longo da vida, permanecendo com seu titular enquanto ele sobreviver.

E são ilimitados, pois não pode se dizer um rol taxativo de quais são os direitos de personalidade.

Portanto, essas são as características dos direitos de personalidade, demonstrando que os direitos de personalidade, em sua maioria, encerram com a morte de seu titular, assim como os demais direitos subjetivos. Contudo, há que se notar que alguns direitos de personalidade permanecem mesmo após o falecimento, como o direito a imagem, a honra, e moral, sendo transmissíveis aos herdeiros e ao cônjuge sobrevivente promover a sua defesa frente a terceiros.

Como também, alguns desses direitos de personalidade alcançam os nascituros, como também as pessoas jurídicas.

2.3.4 Classificação

Quanto à classificação dos direitos de personalidade também não encontramos uma classificação unânime na doutrina, uma vez que ainda há problemas quanto a totalidade de direitos de personalidade que são tutelados pelos ordenamentos, não só aqui no Brasil, como no mundo todo.

Assim, encontramos as mais diferentes classificações, pelos doutrinadores do mundo todo.

De difícil dimensionamento são os direitos em causa, que não contam, mesmo, com uma conceituação global definitiva. Ao revés, os autores têm procurado sistematizar a matéria, especificando os direitos que se devem inscrever nessa categoria ou reunindo-os sob certos critérios

classificatórios. Diferentes classificações têm sido oferecidas pelos escritores em um esforço de ordenação, incluindo cada qual direitos vários, e algumas vezes, distintos. Mas certos direitos em todos encontram guarida, evidenciando-se uma linha de pontos de contrato que talvez se constitua no caminho para a sua estrutura definitiva. (BITTAR, 1989, p. 15).

Contudo, essa classificação enumerada dos direitos de personalidade é alvo de críticas, uma vez que tais direitos por serem na sua essência ilimitados, não podem ser restringidos através dessas classificações.

A adoção de proteção flexível, dada a generalização desse campo, torna possível, a nosso ver, o abrigo de novos direitos que, naturalmente, a reflexão científica virá identificar e trazer para o posterior sancionamento no direito positivo. (BITTAR, 1989, p. 17).

Originou uma moderna posição, que concebeu um direito geral de personalidade, onde os direitos de personalidade não teriam limites, *de modo a prescindir de classificações fechadas e sempre carecedoras da amplitude reclamada para a tutela desses interesses de maior relevo que são os direitos da personalidade.* (SILVA, 2005, p. 26).

No Brasil, encontramos várias classificações, em consonância com os diferentes atributos decorrentes da condição humana.

Entretanto, muitos dos autores adotam a teoria do direito geral de personalidade, pois os direitos de personalidade devem ser tipificados e fracionados de acordo com as diversas manifestações e aspectos da personalidade humana.

Constatamos que a quase unanimidade dos autores brasileiros quer publicistas quer privatistas, adotam a tipologia dos direitos de personalidade, enumerando-os e fragmentando-os em detrimento da adoção de um direito geral de personalidade. Justificam seu posicionamento por entenderem dever ser essa categoria de direitos subjetivos tipificada e fracionada de acordo com as diversas manifestações e aspectos da personalidade humana. Inserem os mesmos estudiosos os direitos de personalidade no direito privado, distinguindo-se dos direitos humanos. (SZANIAWSKI, 1993, p. 74).

Contudo, há defensores no Brasil que adotam a teoria do direito geral de personalidade, mas a proteção dos direitos de personalidade fragmentados,

enumerados e tipificados se mostra insatisfatória. Para esses doutrinadores é *necessário vincular a noção de direitos de personalidade à noção de direitos do homem*. (SZANIAWSKI, 1993, p. 75).

2.4 Pater is est

Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant é uma regra que já vinha proclamada no Direito Romano, onde se presume que o filho concebido na constância do casamento é do marido.

Não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num “jogo de presunções”, a seu turno fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em conseqüência, “presume-se filho o concebido na constância do casamento dos pais”. Esta regra já vinha proclamada no Direito Romano: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*. Embora todos os autores proclamem o caráter relativo desta presunção (*iuris tantum*), deve-se acentuar, contudo, que a prova contrária é limitada. (PEREIRA, 2004, p. 315/316).

Não há nenhum exagero ou desvio em se atribuir legalmente a paternidade do marido. O *pai jurídico*, em regra, é o *pai biológico*. Com base no que geralmente acontece, nos dados da experiência, nas realidades práticas da vida, a mulher casada, que coabita com o esposo, é fecundada por este. (VELOSO, 1997, p. 52).

A Constituição Federal de 1988 ainda trouxe, em seu artigo 227, § 6º, repetido no artigo 1.596 do Código Civil, uma diferenciação entre os filhos havidos fora do casamento com aqueles concebidos na constância do casamento. Assim, persiste a regra do *pater is est* em nosso sistema.

Durante muito tempo persistiu a presunção do *pater is est*, uma vez que não haviam aquela época exames científicos determinantes do vínculo genético.

Em vista disso, só tinha legitimidade para negar a paternidade o marido da esposa, não cabendo aos filhos legítimos ou legitimados investigar a paternidade, já que esses tinha a paternidade presumida.

Contudo, para que o marido intentasse ação negatória de paternidade e vê-la procedente, o autor precisava demonstrar que ele tinha uma impossibilidade física de coabitação ou que estava separado legalmente de seu cônjuge, a simples infidelidade da esposa não podia ser alegada.

O Código Civil vigente a época (Código Civil de 1916) buscava preservar a família, por isso restringiu apenas ao pai a legitimidade para a ação negatória de paternidade.

No Código Civil brasileiro (Código Civil de 1916), em sua concepção original, a presunção *pater is est*, ou seja, de que o filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido da mãe, é *júris tantum*, pois admite contestação; mas a prova em contrário é restrita: só pode ser produzida pelo marido (art. 344), que detém, o *monopólio* do exercício da pretensão de impugnação da paternidade, e, ainda, só podendo alegar as razões *taxativamente determinadas*, as causas *previamente enumeradas* na lei (art. 340, ns. I e II). Trata-se, então, de uma presunção intermédia, restrita, ilimitada ou mista.

Com o advento da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional posterior, o direito de família passou por uma substancial modificação, que repercutiu na presunção *pater is est*, no monopólio do marido para intentar a ação negatória de paternidade e no sistema de causas determinadas para a impugnação, (...). (VELOSO, 1997, p. 56).

Posteriormente, com o entendimento de que a verdade biológica era relevante, como direito de personalidade, houve um abrandamento dessa presunção de paternidade. Assim, abriu-se a possibilidade mesmo dos filhos que já tem um pai presumido, de intentarem com a ação de investigação de paternidade.

Assim, em linha gerais, o Código Civil atual permaneceu com a presunção de paternidade dos filhos matrimônios, conforme de verifica do artigo 1.597. Contudo, tal presunção pode ser afastada, tendo legitimidade para isso não só o pai presumido, como também os filhos. Tendo que ressaltar que a ação negatória de paternidade pode ser ajuizada a qualquer momento.

2.5 Ação de Investigação de Paternidade

2.5.1 Reconhecimento da paternidade

2.5.1.1 Conceito

Primeiramente, como já visto, a filiação se classifica em matrimonial e extramatrimonial. Assim, para aqueles filhos tidos na constância do casamento há uma presunção de que são pais destes, já para aqueles filhos tidos fora do matrimônio não há essa presunção, precisando de um processo de reconhecimento, que visa apenas a declarar um fato.

Assim, reconhecimento é o ato, a manifestação, podendo ser espontânea ou forçada, gerando todo um complexo de direitos e obrigações, o qual se cria um vínculo de parentesco do pai ou mãe com o filho concebido fora do casamento.

(...), o que estabelece o parentesco entre o pai e a mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento. Esse ato pode ser espontâneo ou coativo, gerando, é evidente, todo um complexo de direitos e obrigações. Na verdade, enquanto não houver reconhecimento, a filiação biológica é estranha ao direito. Toda a gama de direitos entre pais e filhos decorre do ato jurídico de reconhecimento. (...). (VENOSA, 2003, p. 292, 293).

Importante salientar, em breves linhas, que houve uma evolução, ao longo do tempo, no direito pátrio em relação ao reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, tendo como divisor de águas a Constituição Federal de 1988.

De início, as diferenças entre os filhos tidos durante o matrimônio com aqueles extramatrimoniais eram totais. Com a evolução, os filhos naturais se equipararam aos legítimos e posteriormente, foi a vez dos adulterinos terem igual tratamento.

Com a Constituição Federal de 1988 não houve mais nenhuma diferença entre filhos, até porque esta trouxe igualdade, também, dos filhos incestuosos.

O artigo 227, § 5º da Constituição Federal consagrou a igualdade jurídica entre os cônjuges e conviventes, e o § 6º do mesmo artigo trouxe a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento, como também com os filhos adotivos. Além do mais, proibiu expressamente qualquer discriminação relativa a filiação.

Art. 227, § 6º - CF: 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.

Portanto, com essa igualdade, os filhos adulterinos e incestuosos, independente de seus pais serem ou não casados com uma terceira pessoa, poderão ser reconhecidos voluntária ou judicialmente, em consonância com o artigo 227, §6º da Constituição Federal, artigo 1.607 do Código Civil, artigo 26 da Lei nº 8.069/90 e da lei 8.560/92.

2.5.1.2 Espécies

Há duas formas de reconhecimento, o voluntário, também chamado de espontâneo; e o judicial, ou coativo.

O reconhecimento voluntário é o ato de vontade pelo qual o sujeito declara, de forma legal, a paternidade, ou seja, declara que determinada pessoa é seu filho.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.609 trouxe todas as possibilidades de reconhecimento voluntário, mantendo a redação da Lei nº 8.560/92, que regula especificamente a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Importante salientar que, essas modalidades de reconhecimento elencadas pela Lei e posteriormente pelo Código Civil, referem-se ao reconhecimento do pai e da mãe, embora seja mais utilizada em relação ao pai.

Essas modalidades de reconhecimento referem-se ao pai e à mãe, embora sua utilidade mais freqüente seja para o pai. A maternidade estabelece-se de forma mais cabal e perceptível, pela evidência e materialidade da gravidez e do parto, mas pode ocorrer ausência de indicação do nome da mãe no registro nos casos de recém-nascidos abandonados ou expostos, por exemplo. Por essa razão, como regra, o nome da mãe constará no registro. Daí dizer-se que a maternidade é um fato; a paternidade, uma presunção. Nada impede, porém, se houver necessidade, que ocorra o reconhecimento de maternidade, nos mesmos moldes do reconhecimento de paternidade. (VENOSA, 2003, p. 294).

A legitimidade para o reconhecimento voluntário é um ato personalíssimo, pois só cabe aos pais, ou somente a um deles o ato de reconhecimento.

Quanto à natureza jurídica, existem vários entendimentos, mas o entendimento predominante é que o reconhecimento voluntário é um ato jurídico declaratório, uma vez que não cria a paternidade, ela apenas declara um fato já preexistente.

A perfilhação pode ocorrer em momentos variados. Pode anteceder ao nascimento do filho, quando ele já foi concebido, e também após a sua morte. Contudo, para que ocorra o reconhecimento neste último caso é necessário que o filho tenha deixado descendentes, como encontra-se expresso no artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil e no artigo 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, isso é para evitar que o reconhecimento se dê por mero interesse daquele que reconhece, para se tornar seu herdeiro.

O reconhecimento da paternidade obedece a três elementos especiais, quais sejam: elementos subjetivo, formal e objetivo.

O elemento de ordem subjetiva indaga quem pode reconhecer e em que momento isso pode ocorrer. Como já dito anteriormente o reconhecimento é um ato pessoal do pai, que não pode ser exercido por nenhuma outra pessoa.

Contudo, por ser o reconhecimento um ato jurídico, para tal é necessário que haja capacidade do declarante. Assim, o absolutamente incapaz não tem aptidão para tal ato, já o relativamente incapaz pode proceder com o reconhecimento, desde que assistido por seu representante legal, entretanto, se fizer o reconhecimento via testamento não será necessário estar assistido, uma vez que o testamento é um ato personalíssimo.

O requisito formal é que o reconhecimento seja feito de forma escrita, seguindo uma das formas previstas em lei.

E, por fim, o requisito objetivo é atribuir o “status” de família ao filho.

As formas do reconhecimento da paternidade passaram por uma evolução, já que no Código Civil de 1916, em seu artigo 357, eram previstas apenas três formas, podendo o ato declaratório ocorrer no termo de nascimento, por escritura pública ou por testamento. Posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 26, trouxe que o reconhecimento poderia ser feito por escritura pública ou qualquer outro documento público. A Lei nº 8.560/92 definiu novas oportunidades, que foram, então, encontradas expressamente no artigo 1.609 do Código Civil.

Assim, o artigo 1.609 do Código Civil dispõe:

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

I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou por 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.

Assim, o artigo 1.609 do Código Civil traz expressamente quais são as formas de reconhecimento voluntário.

O reconhecimento voluntário apresenta as seguintes características: voluntariedade, pessoalidade, unilateralidade, irrevogabilidade ou irretratabilidade, anulabilidade, renunciabilidade, indivisibilidade e incondicionalidade.

Voluntariedade: a declaração espontânea é ato de vontade com efeitos disciplinados em lei, ato jurídico unilateral, não tendo as características de negócio. (PEREIRA *apud* VENOSA, 2003, p. 295).

Pessoalidade: a declaração é um direito personalíssimo, onde somente o pai pode proceder com o reconhecimento do filho.

Unilateralidade: gera efeitos apenas com a declaração de vontade do declarante.

Irrevogabilidade ou também chamado de irretratabilidade: como expressamente dispõe o artigo 1.609, *caput*, do Código Civil, o reconhecimento é um ato irrevogável, uma vez confesso e emanada a vontade de declarar a paternidade, esta não pode mais ser revogada.

Anulabilidade: o reconhecimento pode ser anulado caso se comprove algum vício existente na declaração, vício de consentimento ou falsidade.

Renunciabilidade: conforme o artigo 1.614 do Código Civil, o filho maior não pode ser reconhecido sem seu consentimento, e o filho menor terá o prazo de quatro anos, após sua maioridade ou emancipação, para impugnar o reconhecimento.

Indivisibilidade: não há reconhecimento parcial, uma vez reconhecido é dado o *status* de filho.

Incondicionalidade: como dispõe o artigo 1.613 do *codex* acima referido, o reconhecimento não está sujeito às condições, termo ou encargo.

Além de o reconhecimento ser ato declaratório e formal. Declaratório, pois declara um fato já preexistente. E formal porque está submetido à forma prescrita em lei.

O reconhecimento voluntário gera efeitos de cunho patrimoniais e pessoais. E esses efeitos retroagem até o dia do nascimento do filho, ou se necessário até o dia de concepção.

Os efeitos pessoais e patrimoniais são, que em decorrência da perfilhação, o filho passará a usar o nome paterno, sujeitando-se ao poder familiar e guarda do genitor declarante, ressalvadas as hipóteses dos artigos 1.611 e 1.612 do Código Civil, tendo direito à alimentos e direitos sucessórios.

E ainda, a Lei 8.560/92, em seu artigo 2º, prevê a possibilidade da averiguação oficiosa, que é mais uma forma de reconhecimento espontâneo, que em suma, ocorre quando no registro de nascimento consta apenas a maternidade, onde o escrivão do Cartório de Registros remeterá ao Juiz uma

certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai e demais dados para sua identificação. O Magistrado deverá instaurar procedimento, o qual serão ouvidos, primeiramente, a mãe, sendo ela advertida das conseqüências civis e criminais em caso de falsa declaração de paternidade.

Em momento posterior será ouvido o suposto pai, que em caso de confirmação da paternidade, lavra-se termo de reconhecimento, que é remetido ao cartório para o devido registro civil, sendo esta uma forma de reconhecimento voluntário. Contudo, se o indigitado pai negar a paternidade ou mantiver-se silente, os autos serão remetidos ao Ministério Público, para que esse promova Ação de Investigação de Paternidade.

Esse procedimento deve ser simples. Entretanto, é possível as partes acordarem em produzir provas, como a oitiva de testemunhas, até mesmo a realização de exame de DNA.

O Magistrado recebendo o expediente do Cartório, estará obrigado a proceder com a averiguação, podendo tomar apenas duas decisões, quais sejam: se o suposto pai reconhecer a paternidade manda assentar no registro de nascimento, ou caso ele negue, remete os autos ao Ministério Público, procedendo a investigação da paternidade. Nesse procedimento o Juiz não pode, por sua iniciativa, optar no arquivamento do procedimento.

Importante ressaltar que o Oficial do Cartório de Registro Civil deverá, sempre que não constar o nome do pai no registro, remeter a certidão ao Juiz, ainda que não exista indicação de quem seja o suposto pai e mesmo que a mãe não queira a averiguação oficiosa.

Isso ocorre, pois trata-se de direito personalíssimo do filho, sendo irrenunciável e indisponível, como determina o artigo 27 da Lei 8.069/90.

2.5.2 Ação de investigação de paternidade

Quando não se der a perfilhação de forma voluntária, pode o filho compelir ao pai, ou até mesmo à mãe ao reconhecimento pela via judicial, tratando-se, assim, do reconhecimento pela via judicial, ou também chamada de oficiosa.

Esse reconhecimento é feito através das Ações de Investigação de Paternidade, como também, pelas Ações de Investigação de Maternidade, onde os filhos podem proceder com essa ação a qualquer momento.

2.5.2.1 Conceito

A ação de investigação de paternidade é a forma de reconhecimento judicial da paternidade, *é a que cabe aos filhos contra os pais e seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação.* (VENOSA, 2003, p. 304/305).

Essa ação, como ação de estado que é, tem como finalidade promover o accertamento do estado de filiação da pessoa, em face de origem natural contestada, decorrendo-se efeitos de ordem patrimonial e não-patrimonial.

É uma ação de estado em que o seu legitimado exerce o direito indisponível, imprescritível e personalíssimo, consoante se vê pela disposição do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (CRUZ, 2001, p. 97).

Como diz Maria Helena Diniz, *o reconhecimento judicial, por meio da ação de investigação de paternidade, permite ao filho natural, mesmo se não dissolvida a sociedade conjugal, obter a declaração de seu respectivo "status familiae".* (DINIZ, 2002, p. 404).

Essa ação processa-se mediante ação ordinária, promovida pelo filho (quando necessário representado por seu representante legal) em face do suposto pai, ou seus herdeiros, podendo ser cumulada com petição de herança, alimentos e com ação de anulação de registro civil.

2.5.2.2 Natureza Jurídica

A ação de investigação de paternidade tem natureza de ação de estado. O "estado" de alguém, é a posição jurídica determinada, donde decorrem certos direitos e obrigações. (SIMAS FILHO, 1998, p. 53).

Chamam-se ações de estado as que visam ao acerto do estado da pessoa, seja para afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito, e particularmente as que têm por objeto a fixação da relação jurídica da paternidade, (...). (PEREIRA, 1996, p. 52).

Assim, o estado é a posição jurídica da pessoa na sociedade. E esse estado pode ser individual, que está relacionado com o modo de ser da pessoa; pode ser familiar, que é a posição ocupada pela pessoa no seio da família, onde o sujeito pode se enquadrar na família através de três formas: pelo vínculo conjugal, parentesco por consangüinidade e por afinidade; e por último, o estado pode ser político, que é o sujeito integrante de uma sociedade organizada, uma nação.

Ainda, podemos colocar a ação de investigação de paternidade como ação declaratória, pois tem como finalidade a declaração judicial de que o autor da demanda é filho do réu.

Mas a ação de investigação de paternidade considerada em si, investigação simples, é puramente declaratória, visa a acertar a relação jurídica da paternidade do filho, afirmar a existência de uma condição ou estado, sem constituir para o autor nenhum direito novo, nem condenar o réu a uma prestação. Nem ao menos seu objeto será compelir o réu a admitir a relação jurídica da paternidade, porque, declarada por sentença este relação, o estado de filho fica estabelecido *erga omnes*, não dependendo de execução o dever de admiti-lo o réu. Este terá reconhecido o estado de filho apenas, independentemente de sua vontade, porque, uma vez declarado o estado de filho, com a procedência da ação, a relação jurídica da filiação importa o modo particular da existência civil do autor, que ele adquire *adversus omnes*, e *inter omnes* está o réu, vencido na ação. (PEREIRA, 1996, p. 52/53).

Importante salientar, que a ação de investigação pode ser cumulada com petição de herança ou pedido de alimentos. Embora, esses pedidos sejam de

caráter patrimonial, não modificam a natureza jurídica da ação de investigação de paternidade.

Pouco importa que a perquisição judicial da paternidade venha ou não seguida de pedido pecuniário. Este em nada afetará a natureza daquela, pela razão muito óbvia de que na ação de investigação de paternidade o objeto colimado é a declaração da existência de uma relação de parentesco, e, conseguido isto, está finda.

Ao passo que o apêndice patrimonial que de lhe acumula, sem afetar a natureza do estado que se declara, será uma conseqüência do reconhecimento da paternidade, um elemento do estado. (PEREIRA, 1996, p. 53).

Assim, conclui a doutrina:

Assim, a ação de investigação de paternidade mencionada é uma ação de estado porque visa obter do Juízo uma afirmação da existência de um vínculo de filiação sobre o qual não é pacífico.

A obtenção dessa afirmação não constitui um direito novo, como querem alguns estudiosos do direito, mas uma declaração que visa acertar uma relação entre o investigador e o investigado até então existente no plano fático (relação fática), conformando-a no plano jurídico (relação jurídica), com efeito retrooperante desde o nascimento.

A essa afirmação ou condição se der e de existir na sociedade do investigador, promovida através de ação de investigação de paternidade e obtido o deferimento do Estado – juiz, denominados de ação de cunho eminentemente declaratório, pois, (...), entendemos que a natureza jurídica da ação de investigação de paternidade é declaratória e não constitutiva.

2.5.2.3 Legitimidade

A legitimidade diz respeito à *titularidade do interesse em conflito* (CRUZ, 2001, p. 98), que pode ser ativa e passiva.

A legitimidade ativa da ação de investigação de paternidade é do filho investigador e, em vista disso, que se diz que esta ação é personalíssima, pois é o filho quem tem direito à proclamação do seu *status*. Se o filho investigador for menor, poderá intentar a ação de investigação de paternidade, mas deverá estar representado por sua genitora, tutor ou qualquer outro representante legal, agindo sempre em seu nome e interesse.

Assim, o direito de ação se extingue se não for exercida pelo filho, ou seja, que se ele não exercer ou falecer, seus herdeiros não poderão ingressar em juízo, salvo na hipótese do filho falecer quando for menor ou incapaz (artigo 1.606, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil).

Contudo, se o filho vier a morrer no curso da ação, seus herdeiros poderão dar continuidade, habilitando-se no respectivo processo, na forma prevista na legislação processual, conforme dispõe o artigo 1.606, parágrafo único do Código Civil.

Isso se observa, pois a ação de investigação de paternidade é personalíssima, onde não se admite, em regra, que outra pessoa, que não seja o filho, proponha a ação (artigo 27 da Lei 8.069/90 e artigo 1.606 do Código Civil).

Quanto ao nascituro, este também possui legitimidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, uma vez que o legislador, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, põe salvo seus direitos, desde a concepção.

Ademais, o artigo 26, parágrafo único e o artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil, é expresso ao afirmar ser cabível o reconhecimento da paternidade mesmo antes do nascimento do filho, além, também, das modernas técnicas científicas, que permitem a constatação da paternidade antes mesmo do nascimento da criança.

Já a legitimidade passiva cabe ao pai investigado, quanto, caso este esteja morto, contra seus herdeiros.

Portanto, podemos denominar os participantes da ação de investigação de paternidade, o autor e o réu, como legitimados ordinários, onde esta *decorre da posição ocupada pelas partes na lide, ou seja, autor e réu, sendo o autor detentor da legitimidade ativa e o réu detentor da legitimidade passiva da causa.* (CRUZ, 2001, p. 98).

Entretanto, também poderá atuar no pólo ativo da ação de investigação de paternidade o Órgão do Ministério Público, conforme se vê o artigo 2º, parágrafo 4º, da Lei 8.560/92, denominada essa de legitimidade extraordinária. E tal legitimidade decorre de autorização legal, conforme expresso no artigo 6º do Código de Processo Civil, onde *permite-se que terceira pessoa pleiteie em nome*

próprio direito alheio, que no caso da ação de investigação de paternidade essa legitimidade recai no Órgão do Ministério Público. (CRUZ, 2001, p. 98).

2.5.2.4 Interesse de agir

Um dos requisitos para que possa promover a ação de investigação de paternidade é que o filho investigante não tenha outra paternidade declarada ou reconhecida. Assim, para que uma pessoa que já tenha sua paternidade reconhecida ou declarada ajuíze uma ação de investigação de paternidade, ela deverá obter o cancelamento do registro, demonstrando seu erro ou falsidade (artigo 1.604 do Código Civil).

Há divergências na doutrina quando a possibilidade de cumular ação de investigação de paternidade com ação de cancelamento de registro.

Segundo alguns entendimentos, primeiramente, seria necessário obter o cancelamento do registro, para somente depois deste, ajuizar a ação de investigação de paternidade, isso porque não seria possível cumular ações contra réus diferentes, uma vez que a primeira ação é contra o pai constante no registro, e a segunda ação é contra o suposto pai biológico.

Contudo, para a maioria dos doutrinadores e jurisprudência, é possível cumular as duas ações, formando um litisconsórcio unitário no pólo passivo da demanda.

Admiti-se também cumular a ação de investigação de paternidade com cancelamento de registro, isto é, pode o investigante postular em juízo o cancelamento de seu atual registro de nascimento contra os genitores ali consignados, cumulando-se com pedido de investigação de paternidade e/ou maternidade contra seus verdadeiros pais biológicos. (CRUZ, 2001, p. 121).

2.5.2.5 Possibilidade jurídica

Quando da vigência do Código Civil de 1916, a ação de investigação de paternidade só tinha cabimento naqueles casos expressamente admitidos no artigo 363, tratando-se este de um rol taxativo. Assim, a ação só era possível quando o demandante provasse uma das seguintes situações: concubinato, relações sexuais, rapto e escrito emanado do pai.

Essas quatro hipóteses, enumeradas taxativamente nos três incisos do art. 363, funcionavam como *pressupostos de admissibilidade* da ação investigatória. Não tinham a força de presunções legais de paternidade, como alguns autores pretendem, sendo, no máximo, presunções *hominis*, tanto que cabia ao autor a prova de circunstância alegada. (VELOSO, 1997, p. 24).

Concubinato – o filho podia demandar a ação de investigação de paternidade se comprovasse que ao tempo de sua concepção, sua mãe estava concubina com seu pai, que seja, *a união prolongada de pessoas que não estivessem vinculadas por laços matrimoniais, dispensando-se a sua convivência sob o mesmo teto, bastando que se evidenciasse a continuidade das relações, a sua notoriedade e presumida fidelidade da mulher.* (DINIZ, 2002, p. 407).

Rapto – dependia da demonstração de que a raptada se tratava de mulher honesta, sendo desnecessária a condenação do raptor.

Relações sexuais – esta era a hipótese mais aberta a permitir a investigação da paternidade, pois bastasse prova da relação sexual. Entretanto, a comprovação é a mais complexa.

Essas três hipóteses tinham que ser comprovadas que tais circunstâncias ocorrem quando da concepção, por analogia ao artigo 338 do Código Civil de 1916.

Escrito – existência de escrito daquele a quem se atribuíra a paternidade, reconhecendo-a expressamente – esse escrito não podia ser vago, equivoco ou ambíguo, podendo ser público ou particular, feito pelo suposto pai ou só assinado por ele.

Com a Constituição Federal de 1988, muitos doutrinadores passaram a afirmar que o artigo 363 estava revogado.

Não temos dúvidas de que o art. 363 está revogado. Ele se tornou incompatível com a nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988 em nosso País. Agora, a igualdade jurídica entre filhos é absoluta e completa, não podendo haver discriminação. Qualquer filho havido fora do casamento pode ingressar com ação investigatória. Por sua vez, os casos apontados para que a ação pudesse ser apresentada, os pressupostos de admissibilidade da ação, representavam limites, entraves, restrições para o estabelecimento da verdadeira ascendência. Se uma interpretação construtiva da Carta Magna nos obriga a concluir que toda a pessoa tem o direito de descobrir qual é a sua origem, de saber qual é a sua ascendência biológica, de ver revelada sua identidade, seus laços genéticos, as dificuldades e obstáculos, os estorvos e embaraços que representavam as hipóteses de admissibilidade da ação não podiam subsistir. (VELOSO, 1997, p. 28).

Com a entrada do Código Civil de 2002 não há mais que se falar dessas exigências, onde basta haver dúvida quanto à filiação para que o interessado ingresse com ação de investigação de paternidade, simplesmente por ter o direito de saber sua identidade genética.

2.5.2.6 Provas

Os processos judiciais existem para a tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas. Assim, cabe aos magistrados conhecer os fatos que são alegados, que ocorre através das provas.

Prova é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado.

Provar, é representar atos passados. Representar, em linguagem forense, significa, tornar presentes, fatos que já se passaram. (...). É levar ao Juiz, a certeza de como um fato aconteceu; é dar ao Juiz, elementos para que o mesmo forme sua convicção. (SIMAS FILHO, 1998, p. 67/68).

No processo de conhecimento, o magistrado exerce atividade judicial típica, qual seja: conhece dos fatos e os subsume às normas jurídicas, pacificando, assim, o conflito. O Juiz define o direito das partes.

Portanto, as partes podem deduzir suas pretensões, alegando os fatos em que se baseiam. E tais fatos devem ser demonstrados, ou seja, provados, para que convença o julgados de suas alegações.

Em vista do que dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus probatório é de quem alega, ou seja, os fatos devem ser provados por aquele que invocou a tutela jurisdicional. Contudo, a ação de investigação de paternidade é um caso especialíssimo, pois *o autor investiga; o réu, com a negativa de paternidade, deve comprová-la de forma plena.* (SIMAS FILHO, 1998, p. 69).

Em ações de investigação de paternidade, a prova terá que ser robusta, pois a paternidade apenas possível, não pode ser sinônimo de paternidade concreta, judicialmente comprovada por critérios objetivos. Só o conjunto uniforme de elementos seguros, pode levar à declaração de filiação contestada, pois se é desumano não ter o filho, direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente. (...). (SIMAS FILHO, 1998, p. 69).

O juiz, no processo civil ganhou mais espaço de atuação na condução do processo e no campo probatório, pois centrou-se na idéia de acesso à justiça, onde o magistrado tem a missão de assegurar aos litigantes a efetiva e justa composição do conflito. Assim, *diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente.* (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 11).

Durante muito tempo, no processo civil, o Juiz deveria se contentar com a verdade formal, tendo que ser neutro e imparcial, sendo *alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu* (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 06).

Em vista disso, hoje o artigo 333 do Código de Processo Civil é uma norma de julgamento para o Juiz, e não mais regra de instrução probatória.

O *ônus probandi*, todavia, não se deve aplicar como regra pertinente a iniciativa da prova, porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130). Assim, fica claro que as regras sobre ônus da prova (art. 333) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda a instrução probatória da se concluiu. Aí sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários à acolhida de sua pretensão, sofrerá a sucumbência inevitável. (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 13).

Portanto, compete ao Juiz determinar a realização da prova necessária à formação de seu convencimento, na busca da verdade real, buscando uma solução justa do litígio.

A ação de investigação de paternidade admite todos os meios de prova, desde que legais e moralmente legítimas (artigo 332 do Código de Processo Civil), destacando-se entre elas, as tradicionais provas: testemunhal, documental e pericial.

A prova testemunhal é a produção oral de fatos que interessam ao processo, prestados por terceiras pessoas, distintas dos sujeitos da relação processual.

Já, a prova documental são todos os documentos, públicos ou particulares. Onde documento é *todo o meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de comprovar materialmente, a existência de um ato ou fato*. (SIMAS FILHO, 1998, p. 71).

Quanto às provas perícias, essas existem para demonstrar fatos que necessitam de um conhecimento especial sobre determinado assunto.

Ainda, dentro do campo probatório tem-se a posse do estado de filho – nesse o investigante precisa ter convívio com o investigado, onde o filho usa o nome do investigado (*nomen*), receba tratamento como filho (*tractatus*) e seja conhecido na sociedade como filho do suposto pai (*fama*).

Dando uma ênfase maior às provas periciais, essas, no caso específico da ação de investigação de paternidade, sofreram uma grande evolução.

Existem as provas periciais, dentre elas há o exame prosopográfico:

O exame prosopográfico, que consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se uma a outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz de cabelo, etc), porém, ainda que prove semelhança entre os dois, não autoriza afirmar o vínculo jurídico, pois semelhanças não induz relação de parentesco. (DINIZ, 2002, p. 410).

O exame de sangue do sistema ABO e Rh, chamado de exame hematológico, é prova negativa, ou seja, só serve para excluir a paternidade.

O exame de sangue, adequado para excluir a paternidade se o filho e o pretense pai pertencerem a diverso grupo sangüíneo; porém, se do mesmo grupo, não se pode proclamar a filiação, mas tão-somente a mera possibilidade da relação biológica da paternidade, devido à circunstância de que os tipos sangüíneos e o fator Rh, embora transmissíveis hereditariamente, são encontrados idênticos em milhões de pessoas. Assim, se o tipo de sangue for o mesmo no investigante e no investigado, isso não quer dizer que sejam parentes, pode ser mera coincidência. O exame hematológico é prova negativa, só serve para excluir a paternidade. (DINIZ, 2002, p. 410/411).

Contudo, há exames de sangue, onde se tornou *possível visualizar virtualmente o material genético e compará-lo com o de pessoas diferentes, visando a identificação do DNA (ácido desoxirribonucléico) do indivíduo* (DINIZ, 2002, p. 411), que veremos no próximo tópico.

Salmo Raskin divide as provas usadas na investigação de paternidade em provas médico-legais não genéticas e provas médico-legais genéticas.

As primeiras, ou seja, as provas médico-legais não genéticas têm que se considerar elementos relacionados com o ato gerador e suas conseqüências diretas e elementos relativos à idade do filho, como: dados biológicos sobre a gestação; verificação da ausência ou da possibilidade de ter havido relação sexual; verificação da impossibilidade de fecundação ou de manter a gestação até o termo (esterilidade e infertilidade, respectivamente); aplicação de métodos anticoncepcionais; existência de parto, a data de nascimento e a idade atual do filho.

As provas médico-legais genéticas são aquelas baseadas no confronto fisionômico entre os caracteres hereditários do filho e do suposto pai – hereditariedade.

2.5.3 DNA – Ácido Desoxirribonucléico

O exame de DNA é o mais importante em sede de provas nas ações de investigação de paternidade, pois permite apontar a paternidade com a menor margem de erro.

A ciência, ao longo do tempo, foi se evoluindo, e começou a se despontar apenas no início do século XX, com as provas genéticas sanguíneas.

A descoberta, no sangue, dos vários sistemas ABO, Rh, HLA, etc., e mais recentemente o estudo detalhado do DNA, têm se proporcionado à Medicina Legal e aos profissionais do Direito valiosos elementos na investigação da paternidade e maternidade.

Pouco a pouco, foram desaparecendo os métodos empíricos para dar lugar aos métodos modernos, com tecnologia de ponta, como é o caso do DNA, sem perder de vista o horizonte das provas testemunhais. Esteve sempre no domínio da prova a dificuldade maior das ações investigatórias de paternidade. O problema que se coloca ao Juiz no campo probatório é como comprovas que realmente houve relacionamento sexual e a necessária relação de causa e efeito entre este ato, normalmente singular, e a fecundação e conseqüente concepção do filho. Provas testemunhais e documentais são quase sempre impossíveis. Com o teste em DNA a verdade presumida passa, agora, a ser verdade científica, biológica. (RASKIN, 1999, p.19).

A espécie humana possui, dentro do núcleo das células, 46 cromossomos, arranjados aos pares, sendo que 23 desses são de origem materna, e os outros 23 de origem paterna. Para cada cromossomo de origem materna corresponde um de origem paterna, formando, assim, aquilo que chamamos de cromossomos homólogos.

Cada cromossomo é composto por moléculas de DNA, colocadas em seqüência única para cada indivíduo. E esse faz de cada um, uma pessoa única, pois carrega o código genético do indivíduo, que são chamados de genótipos. E o genótipo, por sua vez, determina as características físicas de cada ser humano, que é o fenótipo.

A molécula de DNA é formada por nucleotídeos, onde este é composto por uma desoxirribose (um fosfato e uma base). A base pode variar entre quatro tipos, quais sejam: adenina e guanina (bases púricas) e, timina e citosina (bases

pirimídicas). Assim, o DNA é formado por uma cadeia de vários nucleotídeos, e esta seqüência que é única em cada ser humano.

O DNA contém vários genes (gen), que ficam organizados nos cromossomos. E esses que são responsáveis pelas características humanas. E cada informação de característica está contida em dois genes (par de alelos), um advindo do pai e outro da mãe.

Assim, no exame, decodifica o DNA da mãe, do filho e do suposto pai, por meio de diferentes técnicas. Primeiro analisa quais alelos vieram da mãe, os que sobraram são comparados com o material genético do suposto pai.

O DNA é uma molécula presente no núcleo das células somáticas e cuja principal função de suas seqüências, chamadas genes, é a codificação da informação genética. Todo homem, ao ser concebido, recebe, para cada característica genética, duas informações. Uma que vem da mãe, através do óvulo, e outra proveniente do pai, através do espermatozóide, ambas células germinativas. Portanto, cada genitor colabora com 50% das informações genéticas do filho concebido, que se combinam uma a uma, como um zíper. O exame de DNA, nesse contexto, nada mais é do que a análise de algumas informações genéticas que o filho herdou da mãe e do suposto pai. Em sua aplicação, após apurada a contribuição materna do DNA do filho, é necessário verificar a contrapartida: a contribuição paterna. Se o suposto pai possui as informações genéticas transmitidas ao filho, o resultado de sua contribuição deve ser apresentado em termos de probabilidade de paternidade, porque se trata de análise bastante limitada (apenas algumas poucas informações genéticas não são analisadas). Caso contrário, não as possuindo, o resultado é a exclusão da paternidade. (...). (SANTOS, 2001, p. 79).

Insta salientar, que o exame de DNA pode ser feito a partir de uma pequena quantidade de sangue fresco ou dessecado, de fragmento de tecidos humanos, de traços de sêmen ou de raízes de alguns fios de cabelo, como, também, a saliva como fonte alternativa de DNA, podendo investigar suposto pai falecido, e intra-uterina.

Entretanto, um questionamento é levantado: Qual a valoração e o grau de confiabilidade do exame de DNA?

A segurança que é dada pelo exame de DNA é de 99,9999%, ou seja, a margem de erro é praticamente mínima. Assim, este exame tem oferecido ao julgador como sendo um elemento sólido e confiável para a construção da

verdade, sendo então, determinante entre as provas trazidas ao processo, pelas partes.

Dizem que, o juiz que deixar de usar da prova pericial – exame de DNA - *equivale a desprezar o princípio da verdade real tão caro ao regime atual de tutela à filiação.* (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 19).

Contudo, muitos doutrinadores e pensadores entendem que esta prova não deve ser vista como exclusiva, ou seja, por mais que tenha uma mínima, quase inexistente, margem de erro, ela não tem caráter absoluto.

Maria Celeste Cordeiro Santos (2001) traz uma série de falhas que pode haver no exame de DNA - em se tratando de sangue coletado do suposto pai vivo, é possível que: haja falha técnicas em quaisquer etapas do exame; pode haver fraudes, desde a troca dos materiais até alteração do resultado; o caráter limitado da perícia; situações particulares; os artifícios utilizados nas contas matemáticas para o cálculo da probabilidade. E quando o suposto pai estiver morto é possível: a decomposição do material genético; a incidência de fatores físicos; contaminação por bactérias.

É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se reveste, nos tempos atuais, o exame pericial do DNA, como se fosse uma prova milagrosa capaz de pôr termo a todos os problemas pertinentes à investigação de paternidade. É evidente que o exame pericial é útil e se mostra relevante no contexto probatório. Seria absurdo negá-lo, mas há que se estabelecer uma distância baseada no critério da razoabilidade entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade, e transformar tal reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.

Absurdo é ignorar-se todos os meios de prova, situando a prova técnica na seara infalível, *do senhor da verdade.* Além disso, inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA, até mesmo conduzindo a erros completos. Os próprios cientistas reconhecem isso. (ALMEIDA, 1999, p.148).

Portanto, o magistrado não deve deixar de utilizar o exame de DNA, uma vez que esse é um elemento forte, já que sua margem de certeza é de 99,9999%. Contudo, não se pode ignorar os outros meios de prova, colocando a prova do exame de DNA como única e infalível.

Uma outra questão importante, quanto ao exame de DNA, é quando da recusa imotivada do suposto pai em fornecer material genético para o exame de DNA.

A recusa do réu em submeter-se ao exame leva à presunção, ainda que não absoluta, de paternidade. A questão é delicada e dependerá muito do exame do caso concreto pelo magistrado, que analisará se há razões lógicas de recusa por parte do investigado. (VENOSA, 2003, p. 308).

Portanto, não há como superar os demais meios de prova em troca apenas da presunção de paternidade pela recusa de submeter-se ao exame genético, por isso que nunca a negativa ao exame poderá ser suficiente para interpretar em favor da paternidade, sendo essencial confrontá-la com o restante da prova tradicional, que também, não pode deixar de ser coletada, e que tem mostrado a experiência, como se faz essencial recolher, a *priori*, os indícios mais seguros de plausível vinculação biológica, mostrando ao decisor um juízo mínimo de verossimilhança entre os fatos narrados e a prova adredemente colhida. (MADALENO, 2004, p. 391).

Assim, a recusa do investigado ao exame de DNA não deve ser interpretado como uma presunção absoluta de que seja o pai, sendo necessário confrontar com o restante das provas existentes no processo, para tal conclusão.

3. PRINCIPIOS

3.1 Introdução

Após a análise dos conceitos e fundamentos jurídicos da coisa julgada, da filiação, dos direitos de personalidade e da ação de investigação de paternidade, dando um ênfase ao exame de DNA, que são, todos, assuntos ligados ao tema central deste presente trabalho, passará a ser analisado a teoria geral dos princípios.

Além da teoria dos princípios, será abordado, neste capítulo, o conflito de normas, e a utilização do princípio da proporcionalidade para a resolução quando do choque entre princípios fundamentais.

E num último momento, será feita uma breve análise dos princípios que norteiam o tema desse presente trabalho, quais sejam: o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade humana.

3.2 Teoria dos princípios

A juridicidade ou normatividade dos princípios passa por três fases distintas.

A primeira fase é a fase jusnaturalista. Nessa, os princípios jurídicos estão posicionados numa esfera abstrata e metafísica, *reconhece-os como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito* (ESPÍNDOLA, 1999, p. 58). São princípios universais, absolutos e eternos, correspondentes aos princípios do direito natural.

Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés, em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal.

São, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”. (BONAVIDES, 2000, p. 234).

A segunda fase foi a juspositivista, onde os princípios entram em nossos Códigos, contudo, entram como fonte normativa subsidiária, para impedir o vazio normativo.

Como diz Gordillo Cañas, citado por Paulo Bonavides, os princípios entram nos Códigos como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”.

(...). Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça. Isso não obstante, torna precaríssima a normatividade dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca – são fontes de integração do direito, quando ocorrem vazios legais. (ESPÍNDOLA, 1999, p. 58).

A inclusão dos princípios nos códigos, na verdade, só se deu em função da necessidade de que, no sistema posto, não houvesse lacunas, necessidade esta criada por postulados positivistas. Assim, encampados os princípios pelos textos legais, ao se decidir com base nos princípios, se estaria, “no fundo”, decidindo com o apoio no texto da lei. (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 176).

Na terceira fase, do pós-positivismo, *acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais* (BONAVIDES, 2000, p. 237). *Os princípios apresentam caráter normativo, funcionando como vetores de todo o ordenamento* (SILVA, 2005, p. 162).

(...). Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. (...). (ESPÍNDOLA, 1999, p. 59).

Assim, os princípios *determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir* (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005, p. 67).

3.3 Princípio como norma jurídica

A concepção de princípio como sendo uma norma jurídica passou por uma evolução. Primeiramente, entendia-se princípio com um conceito distinto do de norma, e, ainda, os princípios estavam abaixo das normas.

Após os estudos e acréscimos de Dworkin e Alexy, entendeu-se que havia normas de direito – como gêneros -, e como subespécies os princípios e as regras, *os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras* (BONAVIDES, 2000, p. 243). *E os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever* (BONAVIDES, 2000, p. 249).

Norma jurídica é uma regra de conduta, um mandamento que possui duas características diferenciadoras das demais normas, pois ela impõe uma conduta, onde atribui à parte contrária o direito de exigir a conduta devida, e, também, tem força coercitiva, no caso de descumprimento de sua imposição. Além do mais, a norma jurídica tem a finalidade de realizar a justiça.

A principal distinção entre regras e princípios é a generalidade, onde os princípios são normas com um alto grau de generalidade, enquanto as regras são normas com um baixo grau de generalidade.

(...), acentua que uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto “ela é especial na medida em que rege tão somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada”.

Ocupando-se, depois, dos princípios, Boulanger estabelece o respectivo contraste com as regras e elucida: “O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”. (BONAVIDES, 2000, p. 239/240).

Robert Alexy apresenta uma outra diferença entre princípios e regras, qual seja, a diferença qualitativa, onde no caso concreto, as regras se aplicam, quando válidas, ou não se aplicam e os princípios podem ser aplicados em diferentes graus – mandamentos de otimização.

Mas as normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas. (BONAVIDES, 2000, p. 250).

Ronald Dworkin traz uma distinção entre princípios e regras semelhante à de Alexy, de que a diferença está segundo a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, se uma regra é válida, ela deve ser cumprida, já os princípios não são aplicados automaticamente quando das condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

Nas palavras do ilustre doutrinador:

Ambos, como normas, são gerais e abstratos. Mas as regras têm seu âmbito de incidência limitado nelas mesmas. Contêm em si a descrição das hipóteses específicas a que se aplicam. Os princípios têm âmbito de incidência ilimitado. Na medida em que servem inclusive para fundar, harmonizar, integrar e limitar a incidência das regras jurídicas, não existe uma prévia e específica determinação das hipóteses em que vão incidir. A aplicação de um princípio envolve um significativo juízo de valor. Não é aplicação direta e objetiva. É que os princípios têm conteúdo radicalmente axiológico. O princípio é basicamente uma norma que contém um valor. Melhor dizendo: é um valor em forma de norma. Já a aplicação da regra nem sempre exige prévio juízo de valor. Muitas delas se aplicam objetivamente aos fatos, sem necessidade de adotar-se um prévio critério valorativo.

Isso significa maior maleabilidade na aplicação dos princípios. A regra ou incide, ou não; ou é válida, ou não (“ou tudo, ou nada”, na fórmula de Dworkin). Já o princípio incide ora com maior, ora com menor extensão. No dizer de Alexy, os princípios são “mandados de otimização”; “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. (TALAMINI, 2005, p. 563).

3.4 Conflito de normas

Para Alexy a distinção entre princípios e regras aparece mais quando do conflito de regras e da colisão de princípios. O que é comum entre os conflitos e as colisões é *que duas normas, cada qual aplicada per se, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico* (BONAVIDES, 2000, p. 251).

Os conflitos de regras jurídicas devem ser resolvidos na dimensão da validade, ou seja, *exclui-se do sistema jurídico a regra conflitante, em face da incompatibilidade entre essa e outra norma situada no mesmo plano de validade, pertencentes ao mesmo ordenamento* (ESPÍNDOLA, 1999, p. 69).

Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)”. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem. (BONAVIDES, 2000, p. 251).

Para afastar a regra conflitante são usados critérios estipulados pelo próprio ordenamento, quais sejam: critério hierárquico, critério da especialidade e critério cronológico. No critério hierárquico – *lex superior derogat inferiorem* – a lei superior derroga a inferior; no critério da especialidade – *lex specialis derogat generalem* – a lei especial derroga a lei geral; e no critério cronológico – *lex posterior derogat priorem* – a lei posterior/nova derroga a lei anterior/antiga.

Assim, se duas regras são conflitantes seguirá o modelo de Ronald Dworkin, “tudo ou nada”, onde apenas uma das regras será aplicada, não sendo possível harmonizá-las.

Por sua vez, com a colisão de princípios há incompatibilidade, mas não haverá exclusão do princípio conflitante, não sendo declarado nulo. Tal colisão se resolve pela ponderação dos valores em conflito, *deverão ser ponderados e balanceados, considerando-se o peso que cada um deles tem, em vista das circunstâncias concretas* (TALAMINI, 2005, p. 564).

Bom ressaltar que na colisão de conflitos quando no caso concreto se opta por um dos princípios o outro não será excluído do ordenamento jurídico, sendo que poderá ser aplicado em outro caso, se necessário, ou seja, *afastado um principio colidente, diante de uma certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o afastado a ser aproximado e aplicado em outros casos* (ESPÍNDOLA, 1999, p. 69/70).

Enquanto o conflito de regras são resolvidos na dimensão da validade, a colisão de princípios transcorre na dimensão do valor.

Ainda, cumpre observar, que não há antinomias entre princípios e regras, pois as regras são concretizações dos princípios, são especificações regulatórias, pois quando há colisão entre princípios *aquela que prevalecer traz consigo a aplicação das regras que lhe dão concreção, afastando, apenas naquele caso, as regras concretizadoras do princípio adverso* (SILVA, 2005, p. 165).

O critério usado para a valoração e ponderação dos princípios é o da proporcionalidade, pois parte *da constatação de que não existe uma ordem hierárquica abstrata e preestabelecida de todos os bens e valores jurídicos* (TALAMINI, 2005, p. 564), como será visto no próximo tópico.

(...). Caberá aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pelo pronunciamento “inconstitucional”. (TALAMINI, 2005, p. 562).

3.5 Princípio da proporcionalidade

O ilustre doutrinador Paulo Bonavides (2000) traz duas noções de proporcionalidade, uma na acepção lata e outra no sentido estrito, ambas propostas por Pierre Muller.

Para ele, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade *é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os quem exercem quanto os que padecem o poder*. E no sentido estrito, tal princípio *se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre uns e vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo* (BONAVIDES, 2000, p. 357).

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior conceituam o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.

(...)

O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios e aos fins perseguidos. (...). (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005, p. 89/90).

Assim, o princípio da proporcionalidade, como já dito em tópico anterior, é o critério usado pelo intérprete na valoração e ponderação dos princípios que estão em conflito sobre aquele caso concreto, buscando qual valor deve prevalecer.

(...). Diante da impossibilidade de dois ou mais valores jurídicos conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer, quais são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece. (TALAMINI, 2005, p. 566).

Em vista disso, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: o da adequação, da necessidade ou restrição menor possível e o da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação propriamente dita.

O primeiro subprincípio, qual seja, o da adequação, também chamado de aptidão ou pertinência, nos deve dizer se determinada medida é suscetível de atingir o fim escolhido, *examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim* (BONAVIDES, 2000, p. 360).

O subprincípio da necessidade, que alguns autores identificam como proporcionalidade propriamente dita, *deve-se escolher o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda os limites indispensáveis para tanto* (TALAMINI, 2000, p. 566).

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada “mas o meio empregado” e que este “deve ser dosado para chegar ao fim pretendido”.

Em outras palavras – conforme o comentário de Manuz/Dürig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, compre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels”). (BONAVIDES, 2000, p. 361).

Por fim, o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade é o da proporcionalidade em sentido estrito, onde *a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo* (BONAVIDES, 2000, p. 361).

A idéia de proporcionalidade encontra raízes desde a Antiguidade, integrando o Direito Romano, permeando os institutos jurídicos ao longo da história. Contudo, durante a primeira metade do século XX, este princípio teve aplicabilidade no Direito Administrativo. Somente, após, adentrou na esfera do Direito Constitucional, principalmente no Alemão.

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade não está expresso em nossa Constituição.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é imanente à Constituição da República, embora não expresso. Porém, isso não obsta a que todos o reconheçam no moderno direito processual. Ainda, seguindo a lição de Willis Santiago Guerra Filho, citado por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003), verifica-se que a falta de referência expressa ao princípio na Magna Carta não cria obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva; afirma, ademais, o autor, que tal princípio é “aberto”, sendo mesmo incompatível com uma prescrição sob forma de proposição normativa. (SILVA, 2005, p. 166).

Importante ressaltar que o princípio da proporcionalidade consiste em forma de vedação ao arbítrio estatal, como também, em uma forma de concretização dos direitos, interesses e garantias constitucionais.

Assim, tal princípio é um comando jurídico no qual se sobressai a proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias, com a função, de também, harmonizar as pretensões constitucionais que, aparentemente são contraditórias, consubstanciando-se em um parâmetro para que seja verificada a justa medida da atuação estatal.

3.5.1 A relação do princípio da proporcionalidade na resolução do conflito entre os demais princípios e garantias constitucionais

A Constituição Federal de 1988 contempla inúmeros princípios e que devem ser concretizados mediante a avaliação do peso específico de cada um deles perante o caso concreto. Para essa ponderação e valoração dos princípios é de muita importância o princípio da proporcionalidade, já que este foi o critério escolhido para tais conflitos.

Ocorrida a colisão entre os princípios constitucionais, não se pode simplesmente buscar a realização de um destes princípios (ou bens constitucionalmente tutelados) às custas do sacrifício do outro. Deve-se, em conseqüência, ocorrer verdadeira *otimização* ao se estabelecer os devidos contornos de cada um dos bens constitucionalmente protegidos, envolvidos no conflito, de modo a ser alcançada a máxima efetividade de todos eles. (PACIANOTTO, 2004, p. 49).

Após a constatação destas antinomias no sistema constitucional vem sendo cada vez mais contemplada a assertiva de que não existem garantias constitucionais absolutas. Como exemplo, pode ser citada a possibilidade de liminares concedidas (*inaldita altera pars*) frente à garantia do contraditório, que no caso é postergado; a concessão de prazos mais dilatados da Fazenda Pública em face do princípio da isonomia.

Dessa forma, também a coisa julgada, mitigando sua autoridade quando outros valores mais elevados estiverem sendo violados ou à beira de sua completa inviabilização.

3.6 Princípio da segurança jurídica

O instituto da coisa julgada vem do princípio da segurança jurídica. Assim, afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha, coisa julgada a *manifestação necessária ou como decorrência precisa da segurança jurídica, em virtude do que as decisões*

judiciais devem se revestir de intangibilidade absoluta após o seu trânsito em julgado (ROCHA, 2004, p. 167).

A busca da certeza, da segurança, a garantia de que sua relação jurídica não será mais alterada, é inerente ao homem; e isso vem desde os tempos antigos.

O homem, ser de si incerto e que vive na incerteza de tudo o que é inerente à sua vida e à sua morte, busca o certo nas coisas e atos que o cercam. Incerto quanto aos seus sentimentos, busca-se fazer certo dos atos que lhe são externos (ROCHA, 2004, p. 168).

A segurança é um dos valores que informam o direito positivo, ou seja, *a positividade do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídica* (SILVA, 2004, p. 15).

José Afonso da Silva (2004) cita o pensamento de Radbruch, onde para este os valores jurídicos se reduzem à justiça e segurança. E a segurança exige positividade, e o direito positivo impõe uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça.

No entanto, Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004) assim entende:

A segurança não é, contudo, valor, é a qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injusto ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida. (ROCHA, 2004, p. 168).

Assim, essa mesma doutrinadora conceitua segurança jurídica como:

Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado. (ROCHA, 2004, p. 168).

José Afonso da Silva diz que a segurança pode ser compreendida num duplo sentido: segurança do direito e segurança jurídica, onde segurança do

direito é a que exige a positividade do direito, já a segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade.

A segurança do direito exige a positividade do Direito, está ligada ao direito objetivo exigindo o seguro conhecimento das normas jurídicas ou, ainda, “*a segura aplicabilidade do direito estabelecido*”. Já a segurança jurídica estaria ligada à proteção dos direitos subjetivos. (PACIANOTTO, 2004, p. 53).

O Direito busca que as lides se acabem e que prevaleça aquilo que foi decidido pelo juiz no processo, em vista disso, a segurança jurídica garante o direito da pessoa à estabilidade de sua relação jurídica. Assim, a coisa julgada se fundamenta nessa necessidade jurídica de que os casos resolvidos vão produzir os efeitos dados pela sentença. *O Direito não busca com a coisa julgada a segurança jurídica como direito, mas como garantia de direitos* (ROCHA, 2004, p. 174).

Portanto, importante ressaltar, que a coisa julgada é a manifestação da segurança jurídica.

Contudo, o Direito busca a justiça segura; e não uma injustiça segura. Para isso, não se pode fazer da coisa julgada um princípio absoluto, intangível.

Conforme já visto acima, a segurança é primordial para a ciência do Direito, pois é inerente à pessoa humana buscar essa segurança, uma vez que os seres humanos vivem de incertezas. *Apesar disso, não é a segurança o fim último do direito, que tem na justiça o seu valor fundante, pois o fim supremo do direito consiste na realização do valor do justo* (SILVA, 2004, p.15). O Direito tem como valor o ideal de justiça, e com essa perspectiva que tem que ser encarado o princípio da segurança jurídica.

Em muitos casos encontramos contradição entre esses dois princípios, que são de grande importância para o direito, que é o princípio da segurança jurídica e o valor do justo. Como a segurança determina a positividade do Direito, esta tem que buscar sempre estar em harmonia com a justiça, já que esse é o ideal do Direito.

As idéias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza não de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa idéia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada. (SILVA, 2004, p. 29/30).

Como já afirmado acima, a coisa julgada decorre do princípio da segurança jurídica, sendo uma manifestação desta. Uma vez que a segurança jurídica não é absoluta, também não será a coisa julgada. Assim, havendo fundamentos materiais inequívocos será possível a alteração do julgado.

Portanto, em vista do ideal de justiça do Direito, é que o princípio da segurança jurídica não é absoluto; e com isso é que alguns doutrinadores passaram a vislumbrar hipóteses de alteração da coisa julgada, já que essa decorre de um princípio não absoluto, qual seja a segurança jurídica, que será o tema específico do próximo capítulo.

3.7 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao lado da coisa julgada existe outro princípio de grande importância, que o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana começou na Idade Média, recebendo grande influência da Igreja Católica. Mas no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do ordenamento jurídico a prever um título próprio aos direitos fundamentais. E isso demonstrou a intenção em dar aos princípios a qualidade de normas fundamentais e embasadora de toda a Constituição.

Em vista disso, *todos os princípios são válidos, todos têm a mesma hierarquia, conseqüentemente nenhum pode ser excluído, afinal, é na ponderação entre os princípios que se encontrará a resposta aos casos concretos*, e ainda

complementa, *por isso, é necessário que haja uma convivência harmônica entre os princípios* (MOURA; OLTRAMARI, 2005, p. 84).

Os princípios são normas fundamentais, que sustentam todo o ordenamento jurídico. Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o de maior hierarquia entre todos os princípios, *é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete* (NUNES, 2002, p. 45).

Existe um núcleo essencial e inatingível que está presente em toda a teoria dos princípios fundamentais: é o princípio da dignidade humana, valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), valor pelo qual se justifica sua caracterização como sendo o princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa. (MOURA; OLTRAMARI, 2005, p. 84).

Com essa afirmação, não se pretende preconizar o puro e simples relativismo axiológico – que implicaria, aliás, a própria negação do direito. Não há dúvidas de que a dignidade humana funciona como valor último, a razão de ser do próprio direito. O ser humano é o único capaz de pautar suas condutas por regras que ele mesmo estabelece, cria. Não age apenas instintivamente. Mais do que isso, o homem possui, como elemento distintivo, a capacidade de síntese. É capaz de acumular experiências – em sua vida e no curso das gerações – e construir coisas novas a partir desse acúmulo. Enfim, interage com a história: essa, ao mesmo tempo em que interfere no modo de ser do homem, é afetada por suas ações. Tudo isso é que lhe confere uma condição especial, sua dignidade. No entanto, a constatação de que a dignidade humana é o valor último não autoriza de modo algum afirmar a possibilidade de hierarquização prévia e absoluta dos direitos fundamentais. Estes estão instrumentalmente ligados à dignidade humana. Destinam-se à sua preservação e enriquecimento. (...). (TALAMINI, 2005, p. 564/565).

Ocorre, que cada vez mais, tal princípio ganha importância, passando a ser fundamento de soluções das controvérsias, sendo guia norteador do ordenamento e para aplicadores do direito.

Assim, quando o aplicador do direito terá por obrigação observar este princípio, não o fazendo, deverá ser considerada inconstitucional.

O que vêm a ser dignidade humana? É muito difícil definir o conteúdo desse princípio, entretanto, é possível valorá-lo no caso concreto, pois é perceptível quando tal princípio está sendo violado.

Percebe-se, então, que o intérprete terá por obrigação ver a Constituição observando esse princípio, isto é, qualquer visão que não garanta a dignidade humana haverá de ser tida como inconstitucional. De qualquer forma, mesmo sendo difícil definir o conteúdo desse princípio, sempre se saberão identificar situações em que esteja sendo violado. Ninguém, em sã consciência, poderá afirmar que, ao impedir a busca da paternidade e, por conseqüência, de uma série de direitos fundamentais. Se estará observando o princípio constitucional. Não permitir que o autor, mesmo com os progressos da ciência, possa descobrir que é seu pai é ferir por completo um dos ingredientes da dignidade humana, que é a certeza da paternidade. (MOURA; OLTRAMARI, 2005, p. 85).

Portanto, o reconhecimento do vínculo biológico é um direito amparado pelo princípio da dignidade humana, como será melhor esplanado no próximo capítulo, quando tratarmos da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

4.1 Introdução

Após a fase de delineamento do instituto da coisa julgada, análise do conceito de filiação, o estudo das formas de reconhecimento da paternidade, dando uma ênfase ao reconhecimento judicial, qual seja, a ação de investigação de paternidade e por último breves considerações da teoria dos princípios fundamentais, passará a abordagem central deste presente estudo, que busca demonstrar a relativização da coisa julgada, só que dentro das ações de investigação de paternidade.

Primeiramente, cumpre apresentar a ação rescisória e a coisa julgada inconstitucional, para em momento posterior analisar o conceito de relativização da coisa julgada, trazendo seus adeptos e demonstrando a teoria dos que não aderem a tal mitigação, considerando a relevância dos princípios jurídicos.

E num momento final, verificar o direito fundamental à filiação frente ao princípio da coisa julgada, com a ponderação da dignidade da pessoa humana com a segurança jurídica.

4.2 Ação rescisória

A ação rescisória é uma ação especial, que visa impugnar as sentenças de mérito, já transitadas em julgado, buscando sua desconstituição, *que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata* (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 209).

Esta impugnação tem natureza de ação, além do mais, constitutiva negativa, pois instaurará um novo processo, cujo objeto será a revisão de julgamento anterior, ocorrendo sua anulação ou desconstituição.

No direito brasileiro, o mecanismo rescisório tem a natureza de ação: formula-se novo pleito de tutela jurisdicional voltado ao desfazimento (anulação ou desconstituição) da decisão acobertada pela coisa julgada (*iudicium rescidens*) e, na maioria das vezes, à emissão de novo pronunciamento que substitui o anterior (*iudicium rescissorium*). É ação de natureza constitutiva negativa, instauradora de novo processo cujo objeto é a revisão de julgamento anterior, com sua substituição por outro ou, em alguns casos, apenas a invalidação. (TALAMINI, 2005, p. 137).

A ação rescisória é um instrumento admitido pela Constituição Federal (artigo 5º, LIV – devido processo legal), contudo, suas hipóteses de cabimento cabem ao legislador infraconstitucional, uma vez que *a Constituição não impõe que toda sentença revestida de coisa julgada material seja passível de ação rescisória* (TALAMINI, 2005, p. 139).

Dessa forma, o Código de Processo Civil, em seu artigo 485 dispõe quais são as hipóteses abstratas que caberá a ação rescisória. No entanto, esse rol é exaustivo, como destaca a doutrina, não se tratando de hipóteses exemplificativas. Há de se afirmar, portanto, que não cabe analogia. Isso porque a *ação rescisória é um instrumento típico e excepcional em face da garantia da coisa julgada* (TALAMINI, 2005, p. 142).

Sendo assim, a sentença de mérito, poderá ser rescindida, se se encaixar numa das hipóteses previstas. Logo, não é, de fato, qualquer defeito da sentença que permite sua rescisão. Há um casuismo traçado em lei que, por seu caráter excepcional, deve ser interpretado restritivamente, sem ampliação analógica ou qualquer outro método de exegese ampliativa. Trata-se de instituto jurídico sujeito a *numerus clausus*. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 212).

O artigo 485 do Código de Processo Civil tem como objeto as sentenças de mérito, transitadas em julgado, que tenham algum vício. Contudo, o mesmo artigo, em seus incisos, traz as situações que poderão ser impugnadas pela via da ação rescisória, quais são:

I – se verificada que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz – essas três hipóteses referem-se a condutas tipificadas como crime pelo Código Penal, que afastam a imparcialidade do juiz. Assim, para sua configuração basta o preenchimento dos requisitos dados pela lei, em seus artigos 319, 316 e 317, todos do Código Penal. Além do mais, é desnecessária prévia condenação do juiz penal.

Artigo 319 do CP – Prevaricação – “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” .

Artigo 316 do CP – Concussão – “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Artigo 317 do CP – Corrupção – “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente – nesse se observa as regras de incompetência absoluta e imparcialidade do juiz, e não é necessário que esses tenham sido alegados no processo em que a sentença de mérito foi proferida. Para se configurar esse inciso é necessário que a incompetência seja absoluta, pois em caso de incompetência relativa é cabível derrogação pela vontade das partes, onde haverá prorrogação de competência caso esta não seja impugnada no momento certo. E quanto aos impedimentos, diferentemente da suspeição, são improrrogáveis, e estão previstos no artigo 134 do Código de Processo Civil.

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida – está fundada em condutas indevidas dos sujeitos parciais do processo.

O dolo ocorre quando uma das partes age com o intuito de lesar a outra, afrontando o dever de agir com boa-fé e probidade no curso do processo. Também, essa conduta dolosa pode ser praticada pela própria parte, por seu

representante ou procurador, e deve ter relação direta com o resultado desfavorável da demanda.

Há uma outra figura nesse inciso, qual seja: a colusão entre as partes. Esse conluio deve ter o fim de fraudar a lei, visando a obtenção de um resultado ilícito. Nesse atribui-se a legitimidade ativa ao membro do Ministério Público – artigo 487, III, b do Código de Processo Civil.

IV – Ofensa à coisa julgada – um dos efeitos da coisa julgada é impedir aos Órgãos do Poder Judiciário que reapreciem matéria já devidamente decidida. A coisa julgada pode ser reconhecida de ofício pelo juiz ou pelas partes através da exceção de coisa julgada. Assim, caberá ação rescisória para afastar essa sentença acobertada por uma segunda coisa julgada, resguardando a intangibilidade da primeira coisa julgada.

V – violar literal disposição de lei – está será possível quando a decisão final ofende diretamente a lei, abrangendo erro material (*error in iudicando*) ou processual (*error in procedendo*). A expressão “lei” não engloba somente em sentido formal, é a norma jurídica em sentido amplo, sendo desde as normas constitucionais até os demais atos normativos que deveriam ter sido aplicados e não o foram.

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal – essa prova falsa tem que ter sido fundamental para o resultado da demanda, de modo que afastada se daria um resultado diverso. Contudo, essa falsidade tem que ter sido comprovada mediante a sentença criminal condenatória, onde torna indiscutível a falsidade. Também, tem-se entendido cabível a rescisória quando a declaração da falsidade se dê no juízo cível, em alguma sentença cível ou mesmo mediante provas no curso da 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 – para que seja documento novo não se analisa a data de sua constituição, e sim, o documento ter sido ignorado pela parte ou inviabilizado sua utilização, em virtude de circunstâncias alheias à vontade da

parte. E importante ressaltar que, este documento tem que, por si só, trazer resultado favorável ao autor da ação rescisória.

VIII – haver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença – estas três hipóteses têm que ter sido causa que deu fundamento a decisão desfavorável.

O artigo 352 do Código de Processo Civil informa que a confissão será revogada quando provada que foi realizada com erro, dolo ou coação. Assim, provada o motivo de revogação da confissão é possível ajuizamento da rescisória.

A desistência, por sua vez, só poderá ser entendida como renúncia do direito de ação, conforme artigo 269, V, do mesmo codex, onde haverá extinção do processo com julgamento do mérito. Pois, se a mera desistência é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, VIII do Código de Processo Civil) e sendo assim, não comporta ação rescisória, por falta de interesse de agir, uma vez que a parte poderá ajuizar uma nova ação.

Já a transação, se ocorrer no curso de um processo contencioso, não há mera sentença homologatória, havendo extinção do processo com julgamento do mérito (artigo 269, III do Código de Processo Civil), de modo que, neste caso não se aplicaria o artigo 486 do Código de Processo Civil. Contudo, há entendimentos de que sempre que houver uma sentença homologatória de transação aplicará o artigo 486 do Código de Processo Civil, cabendo, assim, ação anulatória (continua em vigor o artigo 485, VIII do Código Processual Civil).

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa – esse ocorre quando o julgador entende ter ocorrido fato que não existiu, ou entender inexistente fato ocorrido, conforme § 1º do artigo 485. Para este erro é necessário que a questão não tenha sido matéria controvertida, ao qual o juiz optou por uma versão. Assim, o cabimento da rescisória é possível quando seja razoável presumir que se o juiz tivesse atentado para a prova teria julgado em outro sentido.

A legitimidade ativa para a demanda é encontrada no artigo 487 do Código de Processo Civil, como sendo: quem foi parte no processo principal, ou seu sucessor; o terceiro juridicamente prejudicado e o Ministério Público quando não

foi ouvido em processo que é obrigatória sua intervenção, ou quando a sentença é o efeito de colusão das partes.

A legitimidade passiva cabe a todos aqueles que foram partes no processo principal. Assim, se a ação rescisória for ajuizada por uma das partes do processo principal, a outra parte aparecerá no pólo passivo; caso seja ajuizada por um terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público, as duas partes figurarão no pólo passivo. Em caso de litisconsórcio no processo principal, todos deverão ser chamados a integrar a ação rescisória.

A possibilidade jurídica do pedido consiste na existência de uma sentença, ou acórdão, de mérito; e que ocorra uma das hipóteses elencadas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil.

O artigo 486 do mesmo Código afirma que: *os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.* Assim, as sentenças homologatórias, como aqueles atos judiciais que não dependem de sentença não são objetos de ação rescisória. Na sentença meramente homologatória será cabível ação de anulação, uma vez que ocorrem vícios no acordo de vontade das partes e não no ato judicial.

O prazo para a propositura da ação rescisória é de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da sentença (artigo 495 do Código de Processo Civil). Esse prazo tem natureza decadencial, pois está relacionado com o direito de rescindir ou não a sentença.

4.3 Coisa julgada inconstitucional

O poder judiciário é o órgão detentor da prerrogativa de produzir a coisa julgada. Contudo, esse poder tem que se amoldar ao modelo do Estado de Direito, devendo respeito e harmonia aos demais poderes da União.

Dessa forma, haverá coisa julgada inconstitucional quando a sentença não estiver em consonância com a norma maior - Constituição Federal, estiver eivada com o vício da inconstitucionalidade.

No plano jurisdicional, se a sentença não está em consonância com o texto contitucional, inegavelmente está ferindo a norma maior, de sorte que essa incompatibilidade de adequação aos ditames do ordenamento magno é que leva irremediavelmente ao patamar da inconstitucionalidade. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 193).

A coisa julgada é apenas a qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando contido na sentença. Não se confunde com o próprio conteúdo da sentença, com seus fundamentos ou sequer com seu *decisum*. Portanto, quando se alude a "coisa julgada inconstitucional", tem-se em vista uma "inconstitucionalidade" que reside na própria sentença: está pressuposta ou situada no *decisum*, ou dele é um reflexo - e a coisa julgada só faz perpetuar esse comando. A rigor, trata-se de "sentença inconstitucional" revestida de coisa julgada. (TALAMINI, 2005, p. 404).

Assim, "sentença inconstitucional" é *aquela cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta a Constituição* (TALAMINI, 2005, p. 406).

A inconstitucionalidade da sentença se concretizará em determinadas hipóteses. Entretanto, cabe ressaltar que, há casos em que não haverá a quebra da coisa julgada, podendo ser atacadas através dos embargos à execução, fundada no artigo 741, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil.

A sentença será inconstitucional quando:

a) amparada na aplicação de norma inconstitucional - a norma inconstitucional (tanto norma de direito material, quanto norma de direito processual) não precisa situar-se na própria sentença, ela pode ter ocorrido no decorrer do processo, mas que tenha reflexo diretamente na sentença.

b) amparada em interpretação incompatível com a Constituição - ocorre *quando se aplica uma lei cujo teor literal é francamente inconstitucional* (TALAMINI, 2005, p. 407), tem que se buscar sempre uma interpretação conforme à Constituição. E esta se aplica a norma constitucional como, também, a norma infraconstitucional.

c) amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma - a esse poderia ser aplicado o caso de quando não fosse aplicada uma norma que deveria ter sido aplicada.

d) amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas inconstitucionais - nesse caso temos *como exemplo a sentença que nega um direito assegurado pela Constituição em norma auto-aplicável, de caráter material ou processual* (TALAMINI, 2005, p. 411).

e) que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional - para essa hipótese o doutrinador Eduardo Talamini usou do seguinte exemplo: sentenças que incorretamente afirmam ou negam uma relação de filiação porque na época em que proferida não se utilizava o exame de DNA, em um caso que posteriormente tal exame é feito.

Já se essa sentença tivesse sido proferida em época em que já era acessível a realização do exame de DNA, sem que tenha sido produzida tal prova, a não realização desse exame poderá configurar violação das regras atinentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, podendo se enquadrar na hipótese "d".

As sentenças eivadas de inconstitucionalidade emanadas pela autoridade judicial não podem ser dadas como inexistentes, pois os atos jurisdicionais praticados por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais, que violem direitos não são atos inexistentes, são decisões jurídicas inconstitucionais.

Na verdade, quando seu conteúdo material confrontar com preceito constitucional faltar-lhe-ão as condições de validade, ou seja, as condições de gerais os efeitos aos quais foi praticada. Assim, a sentença, quando inconstitucional, é um ato nulo, podendo ser a qualquer tempo desconstituída.

A conclusão lógica daí decorrente seria a de que o ato inconstitucional é simplesmente nulo e sem valor (*nullu and void*). Deste modo, o ato inconstitucional, por ser nulo, jamais produziria efeitos, e deveria ser desconstituído *ex tunc*. (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 199).

Assim, em hipótese alguma poderá ocorrer violação ao texto constitucional, pois o *dogma da coisa julgada não é superior ao primado da constitucionalidade dos atos do Poder Público, seja de qual espécie for* (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 202).

Em síntese, a "sentença inconstitucional" é aquela cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta à Constituição, nos termos acima delineados. O princípio geral é o da existência jurídica de tal sentença. Ressalvados os casos em que a inconstitucionalidade afete diretamente os próprios pressupostos de existência da relação processual, a sentença de mérito fará coisa julgada material. Aliás, é precisamente por isso que se opõe o problema da "coisa julgada inconstitucional". Afinal, se procedesse a tese daqueles que preconizam indiscretamente a inexistência jurídica ou a "nulidade absoluta" ("transrescisória") da "sentença inconstitucional", o tema da "coisa julgada inconstitucional" seria um *falso problema*, e a expressão não faria sentido: simplesmente não haveria coisa julgada.

Mas em regra há. Daí a necessidade de pesquisar quais os instrumentos que, além da ação rescisória, o ordenamento tipifica como aptos para a desconstituição da "coisa julgada inconstitucional" (o que aqui se designará *meios rescisórios típicos especiais*, para contrastar com a ação rescisória, que é o *meio rescisório típico geral*). (TALAMINI, 2005, p. 422).

4.4 Relativização da coisa julgada: conceito e considerações gerais

Relativização da coisa julgada consiste em *desconsiderar a imutabilidade dos efeitos da sentença, a fim de permitir, em virtude de outros valores mais relevantes no caso concreto, o reexame da mesma questão anteriormente decidida por sentença definitiva* (SILVA, 2005, p. 152).

Esta proposta de relativização está ligada a *casos de injustiça vista como intolerável, por excessiva gravidade, bem como aos da (impropriamente) dita "coisa julgada inconstitucional"* (MOREIRA, 2005, p. 07), melhor dizendo, de quando a sentença transitada em julgado afrontar a Constituição Federal - coisa julgada inconstitucional; e, quando através de novos exames tecnológicos, se verificar que a sentença pronunciada, já acobertada pelo manto da coisa julgada é incompatível com a realidade fática.

O ordenamento jurídico pátrio já prevê algumas hipóteses de mitigação da coisa julgada, demonstrando que o princípio da segurança jurídica, assim como, a

instituto da coisa julgada não têm valor absoluto. E há um número cada vez maior de autores defendendo a relativização ou, também chamada de flexibilização da coisa julgada, no sentido de possibilitar que uma decisão transitada em julgado seja novamente discutida.

Entretanto, ainda há uma grande controvérsia, não só na doutrina, como na jurisprudência, acerca da ampliação das hipóteses de abrandamento da coisa julgada. Os adeptos dessa maior liberação de atuação dos juízes, no sentido de admitir a mitigação da *res iudicata*, baseiam-se, sobretudo, na ponderação adequada dos princípios fundamentais que regem determinado caso concreto.

É que, quando se afirma que algo de ser "relativizado", logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda "relativizar" o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, ambas destinadas, primariamente, à eliminação da coisa julgada. O que se pode querer - e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita - é a ampliação do terreno - "relativizado", o alargamento dos limites da "relativização". (MOREIRA, 2005, p. 05/06).

Há aqueles que recusam a possibilidade de se quebrar a coisa julgada, senão mediante o emprego dos instrumentos que a própria lei estabelece para tal. Em um primeiro lugar, esses autores enfatizam o valor constitucional da garantia da coisa julgada, já que este instituto recebeu tutela da Constituição Federal.

Contudo, esses mesmos autores, assumem a existência de valores constitucionais conflitantes, ainda, reconhecem que tais valores devem ser ponderados. Porém, eles acreditam que *toda e qualquer ponderação haveria de ser feita pela própria lei*, ou seja, *apenas à lei seria dado relativizar a coisa julgada* (TALAMINI, 2005, p. 399/400).

Ainda, continua o ilustre doutrinador Eduardo Talamini:

Por isso, tais autores rejeitam qualquer construção ou formulações tendentes ao desfazimento, à desconsideração, da coisa julgada de modo atípico (i.e., sem que exista um instrumento legal autorizando tal medida). A incidência do princípio da proporcionalidade no campo da

coisa julgada já estaria retratada na admissão da ação rescisória e de outros meios que excepcionalmente o ordenamento preveja como aptos para impugnar decisões transitadas em julgado (*habeas corpus*, p. ex.). Jamais seria possível, porém, invocar o princípio da proporcionalidade para quebrar a coisa julgada num específico caso concreto para o qual falte expressa previsão legal. (TALAMINI, 2005, p. 400).

Além desses, há um outro forte argumento trazido pela maioria de seus doutrinadores, qual seja: a segurança de seus jurisdicionados de que seu litígio não vai se eternizar, pois, *a atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã - e não atingiria o fim a que visa - se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações* (MOREIRA, 2005, p. 12).

A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada receberam legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença. (DINAMARCO, 2003, p. 221).

A estabilidade das relações é interesse social, uma vez que garante a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

O interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina estatal. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranquilidade social. (MOREIRA, 2005, p. 13).

A alegação de que há uma injustiça na decisão prolatada pelo órgão jurisdicional não justifica a mitigação da coisa julgada, pois *tal instituto foi criado para dar prevalência do seguro, mesmo que em detrimento do justo, ainda que o ideal seja sempre a concretização de resultados eqüitativos* (SILVA, 2005, p. 169).

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. (...). Há, porém, um momento em que à

preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. Desse momento em diante, impede a lei que se prossiga na investigação; e se foi julgado o mérito (= composta a lide), proíbe que, em qualquer processo futuro, se ressuscite o assunto. (MOREIRA, 2005, p. 09/10).

Além do mais, a segurança jurídica, instituto o qual estabiliza a solução do litígio, é direito das partes, tanto para o vencido, como para aquele que venceu a lide.

Mesmo com esses argumentos, e como já dito anteriormente, está crescendo a corrente de que entende ser possível a relativização da *res iudicata*.

A justificativa da relativização da coisa julgada repousa basicamente em 03 (três) seguimentos: a proporcionalidade entre os bens que estão albergados pela coisa julgada e aqueles que lhe são atacados; a legalidade da decisão faz nascer a coisa julgada; e, finalmente, a instrumentalidade do processo, na medida em que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento na busca da defesa efetiva e justa dos direitos materiais que pretendem proteger (...). (ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 141).

Há autores que aderem ao entendimento de que o instituto da coisa julgada não possui *status* constitucional, não havendo, portanto, conflito entre princípios constitucionais e coisa julgada, sempre prevalecendo os princípios constitucionais.

Contudo, para outros a coisa julgada tem valor constitucional, uma vez que atende ao princípio da segurança jurídica. Assim, quando do conflito de princípios necessário se faz lançar mão do princípio da proporcionalidade, onde se baseará na ponderação dos princípios, segundo o caso concreto.

Como se indicou, não há como negar valor constitucional ao instituto da coisa julgada, considerado em si mesmo. Não se trata de mero limite à retroatividade de leis, mas de garantia fundamental. Tampouco é possível excluir a segurança jurídica, de que a coisa julgada é meio de expressão, do elenco dos valores fundamentais do Estado de Direito - muito embora ela hoje possa assumir conotação parcialmente distinta daquela com que foi concebida no Estado liberal. No entanto, coexistem valores constitucionais igualmente relevantes em abstrato. Desse modo, se a segurança jurídica, através da coisa julgada, aponta para a preservação das "sentenças inconstitucionais" que não foram oportunamente revistas pelos meios processuais destinados a tanto, outros valores, igualmente constitucionais, podem justificar solução diversa. (TALAMINI, 2005, p. 561/562).

Com isso se busca evitar as afrontas à Constituição e buscar a pacificação justa dos litígios, pois *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas* (DINAMARCO, 2003, p. 227).

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art 5º, inc. XXXV). (DINAMARCO, 2003, p. 226/227).

Assim, existem aqueles que não aceitam a relativização da coisa julgada frente a justiça das decisões, contudo, esses mesmos aceitam, sem restrições a ação rescisória.

Em suma, verifica-se que a relativização da coisa julgada material, da forma como atualmente é concebida, gravita em torno da relevância aos princípios constitucionais, da noção de que nenhum deles é absoluto, da concepção de instrumentalidade do processo, e da aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de choque entre os princípios. (...). (SILVA, 2005, p. 176).

O doutrinador Eduardo Talamini (2005) explica que não serão todos os casos de "coisa julgada inconstitucional" que se legitimará ao instituto da mitigação da coisa julgada, cabendo aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para verificar quais valores constitucionais devem prevalecer, quais sejam: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pela sentença inconstitucional.

E continua:

Aliás, é também a consideração dos próprios meios rescisórios típicos especiais que permite essa conclusão. Se tais meios típicos retratam a possibilidade de quebra da coisa julgada em vista de valores constitucionais relevantes, em contrapartida, sua "tipicidade" evidencia que a mesma solução não pode ser generalizadamente aplicável a todo e qualquer caso de "inconstitucionalidade" da sentença. Ao selecionar determinadas hipóteses, nelas autorizando a quebra da coisa julgada a despeito de superados os meios processuais comuns de revisão da sentença, a ordem jurídico-constitucional deixa claro haver outros bens jurídicos relevantes além da segurança jurídica, mas também torna evidente a própria relevância da segurança jurídica.

Se fosse para estabelecer uma fórmula, poder-se-ia dizer que o princípio consiste na preservação da "coisa julgada inconstitucional": a invalidação

desse pronunciamento constitui exceção, a ser concretamente verificada pela aplicação do princípio da proporcionalidade. (TALAMINI, 2005, p. 562).

4.5 Relativização nas ações de investigação de paternidade

Como já dito anteriormente, a relativização da coisa julgada decorre de duas situações: da coisa julgada inconstitucional e do avanço tecnológico, que com este se verifica uma incompatibilidade entre a realidade fática e a sentença, já transitada em julgado.

Para essas situações abrem-se duas soluções. A primeira delas consiste em desconsiderar a coisa julgada material, *negar a própria existência da coisa julgada material: esta, aí, não chegaria a formar-se*, e a outra solução seria *reconhecer a existência da coisa julgada material, mas entender que é possível negar a imutabilidade à sentença em razão do vício grave que a inquina* (MOREIRA, 2005, p. 7).

Quando se fala em ação de investigação de paternidade encontram-se duas situações, como muito bem citadas por Fernanda Martins Silva, em seu trabalho (2005):

Em se tratando de relativização da coisa julgada na investigação de paternidade, observam-se as duas situações. No primeiro quadro, alocam-se as demandas investigatórias julgadas antes do advento da prova técnica do DNA. No segundo quadro, estão as demandas julgadas mesmo após o advento da perícia, quando esta deixou de ser realizada, resultando em sentença avessa ao real vínculo paterno. (SILVA, 2005, p. 176).

4.5.1 Filiação como direito de personalidade

Primeiramente, importante demonstrar a filiação como um aspecto do direito de personalidade, já que esses conceitos e fundamentos já foram delineadas anteriormente.

Como já explanado filiação é uma relação de parentesco estabelecida entre os pais e seu filho, trazendo uma série de deveres e obrigações.

Anteriormente, filiação era entendida como uma relação de parentesco consangüínea, no sentido de sempre coincidir pai com genitor. Contudo, hoje, observa-se que não é mais assim, pois pai nem sempre é o genitor, ou seja, não corresponde com a verdade biológica.

Até mesmo o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se ao estado de filiação sem fazer diferença entre os filhos biológicos e não biológicos, dispondo que *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça*.

Ainda mais, a Constituição Federal de 1988 trouxe a igualdade entre os filhos biológicos e não biológicos, não havendo mais diferenças entre eles - princípio da igualdade jurídica.

Bastaria, por fim, para fazer claro o descompromisso da Constituição com a linha biológica da paternidade a assimilação radical que determinou entre os filhos havidos por derivação genética (matrimoniais e não-matrimoniais) e os adotivos. (VILLELA, 1999, p. 139).

O estado de filiação é uma questão social e afetiva, pois advém da verdade biológica e da verdade socioafetiva (que não se interessa com a verdade biológica). Assim, temos dois direitos de personalidade, o direito de reconhecer sua origem genética e o estado de filiação.

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade e maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito de personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. (LÔBO, 2003, p. 151).

Assim, importante frisar, que em determinados casos, como a adoção, o estado de filiação está desvinculado da verdade biológica, pois *uma coisa é ser pai, outra é ser o ascendente masculino* (VILLELA, 2003, p. 141).

No entanto, frisa-se que o conhecimento da origem genética persiste como direito inerente à pessoa, embora já presente o estado de filiação bem como definido e consolidado. Em conclusão, tal indivíduo terá o direito à investigação da verdade biológica, o qual, por sua vez, não gerará efeitos na órbita do direito de

família, ou seja, no sentido de reconhecimento da paternidade. (SILVA, 2005, p. 40).

O conhecimento da origem genética é direito de personalidade, na espécie direito à vida, e esse direito à origem genética é tutelada, pois o indivíduo tem o direito de saber a história de saúde de seus parentes biológicos, para a prevenção e preservação de sua própria vida.

Assim, ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral de personalidade (LÔBO, 2003, p. 152).

O direito de investigar o direito de filiação cabe tão somente àqueles filhos que não tenham pais, ou seja, àqueles que ainda não tenham constituído nenhuma relação paterno-filial através de outro meio. Contudo, àqueles que já tenham um estado de filiação fixo, só será possível demandar no sentido de conhecer o vínculo genético, sem com isso, gerar efeitos na órbita do direito de família.

Quanto àqueles que não estão inseridos em um ambiente familiar, restando à ele somente o vínculo biológico para que se estabeleça um estado de filiação, *o direito ao reconhecimento da paternidade coincide com um outro direito personalíssimo, qual seja, o de conhecer a origem genética, a verdade biológica* (SILVA, 2005, p. 41).

Insta ressaltar que, para este presente trabalho, não estará em pauta os filhos que tenham um vínculo socioafetivo, somente os filhos que não tenham pais, e assim, utilizarão a ação de investigação de paternidade para o reconhecimento do estado de filiação biológico.

Outro aspecto importante é o direito ao nome, à identificação, que se trata também de um direito personalíssimo.

Este é justamente o primeiro aspecto a ser evidenciado, isto é, o da importância do nome como o sinal designativo que permite a individualização da pessoa, construindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade. (MORAES, 2000, p. 39).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 16 dispõe que *toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico*. Esse, além de outros artigos, são encontrados no capítulo intitulado como "Dos Direitos da Personalidade".

Assim, importante ressaltar que o nome não é protegido em si e per si mas enquanto se encontra indissolúvelmente ligado à personalidade do portador. E ainda, indica que o que se protege não é propriamente o nome, mas a pessoa e sua dignidade, que seriam, através do nome, atingidas. (MORAES, 2000, p. 43).

Reconhecer-se um "direito ao nome" significa, em primeiro lugar, considerá-lo um elemento da personalidade individual. Nessa medida, o nome não ser apenas para designar a pessoa humana, mas também, e principalmente, para proteger a esfera privada e o interesse da identidade do indivíduo, direito da sua personalidade. (MORAES, 2000, p. 41).

O nome também é um sinal distintivo, e gera, ainda, a prerrogativa de reivindicá-lo, quando este lhe é negado. E essa reivindicação é possível através da ação de investigação de paternidade, onde um dos efeitos da sentença reconhecendo a paternidade é a atribuição ao investigante o sobrenome do investigado.

Dessa forma, neste aspecto, conclui-se que o direito de filiação apresente-se como direito de personalidade, pois este se reflete na consagração de outro direito de personalidade, qual seja, o direito ao nome e à sua identidade.

O direito de personalidade, o qual entende-se estar o direito ao estado de filiação, é resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que como já visto no capítulo anterior, o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna consagra tal princípio como fundamental. Além do mais, o princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se como o de maior relevo.

4.5.2 Princípios em conflito

Nas hipóteses de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes, sem, contudo, tenha sido realizado o exame de DNA, e que, posteriormente, se constatou que a realidade era diversa da expressa na sentença judicial. Nestes casos, encontramos princípios em conflitos.

Por um lado, encontramos o princípio da segurança jurídica, embasado na coisa julgada material. De outro lado, encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o filho tem o direito a ser reconhecido seu estado de filho, sua origem genética, buscando dessa forma, a justiça das decisões.

Como já vimos em capítulo anterior, quando há interesses, ou seja, princípios em choque, necessários se tornam demonstrar, naquele caso concreto, qual deles deve prevalecer, o qual se é possível através do princípio da proporcionalidade.

O Juiz confrontar-se-á com princípios antagônicos entre si. Esse caráter conflituoso dos princípios poderia ser tomado como impedimento a que, de alguma forma, eles contribuíssem na solução do problema. Bem o contrário, é daí que se extrai o mecanismo apto a gerar a resposta mais adequada para o caso concreto. (TALAMINI, 2005, p. 562/563).

Muitos doutrinadores e estudiosos do Direito defendem a idéia de que o que deve prevalecer é o princípio da segurança jurídica, como explanado a pouco. Para eles o litígio não pode se eternizar, trazendo, com isso, a falta de credibilidade no Poder Judiciário e um clima de insegurança para toda uma sociedade.

A segurança jurídica deve sucumbir porque o processo civil moderno é pautado pelos ideais de efetividade e instrumentalidade, que trazem em seu bojo a necessária concretização do ideal de justiça, escopo maior do Estado-Juiz. (SILVA, 2005, p. 178).

Contudo, o valor justiça deve prevalecer sobre a segurança. *A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema* (ROCHA, 2004, p. 168). Além do mais, o princípio da dignidade da pessoa humana *confere*

a todos o direito à vida digna, iniciada, por evidente inserção no ambiente familiar (FARIAS, 2002, p. 89).

O valor justiça deve prevalecer sobre a segurança, porque o direito à filiação é direito da personalidade imprescritível, segundo preceitua o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, observando-se que este dispositivo, embora inserido na Lei nº 8.069/90, se aplica a todos os filhos, mesmos maiores. (...).

A preponderância da dignidade humana e do valor de justiça é salutar porque todos têm direito à inserção em um ambiente familiar. Ademais, em se tratando de criança e adolescente, outras razões se somam: o princípio do melhor interesse da criança e da prioridade (artigo 227, *caput* da Constituição Federal). (SILVA, 2005, p.179/180).

Assim, para que se prevaleça a dignidade do homem, com caráter absoluto, exige-se mecanismos diferentes, dentre eles o amplo e irrestrito direito investigatório da paternidade.

O doutrinador Cristiano Chaves de Farias (2002) explana sobre um novo ambiente das ações de investigação de paternidade, dispondo que o novo perfil das ações relativas à filiação está voltado para *a promoção da dignidade e desenvolvimento da personalidade humana* (FARIAS, 2002, p. 89). E ainda conclui.

Nada mais natural, via de consequência, que estejam as ações filiatórias submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender às idiossincrasias que o direito material impõe, até porque o processo deve ser encarado como instrumento para a concretização do direito substantivo correspondente. (FARIAS, 2002, p. 89).

4.5.3 Decisões de mérito antes e depois do exame de DNA

Nas hipóteses das ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes, encontramos duas situações: das decisões que, quando julgadas, não existiam os exames de DNA; e daquelas que, quando da decisão, o exame de DNA já existia, mas não foi realizado.

Partimos da idéia de que o exame de DNA é prova que permite com precisão a determinação da paternidade, como muitos acreditam.

No primeiro caso, de que quando não havia existência do exame de DNA, trata-se de um caso peculiar e específico, onde se é possível a mitigação da coisa julgada, pois a parte não teve a oportunidade de demonstrar seu direito, por haver limitações técnicas à época do processo.

Contudo, os autores, até mesmo os mais conservadores, que admitem esse tipo de mitigação, exigem que essa relativização seja expressamente prevista e lei.

Entretanto, não aceitam tal entendimento naqueles casos em que já fosse conhecida tal técnica de perícia, até mesmo porque a coisa julgada opera sua eficácia preclusiva sobre todas as questões que poderiam ter sido suscitadas e não foram.

Mas, o processo civil dos tempos modernos busca a verdade real acima de tudo, evitando injustiças, ainda mais quando se tratar de direitos de família. Assim, o processo como instrumento de justiça.

Como bem se salientou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar o REsp 4.987/RJ (publicado no DOU de 28.10.1991), "na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça". (FARIAS, 2002, p. 94).

E alguns doutrinadores entendem ser possível a propositura de uma nova ação se não foi realizado o exame de DNA, pois para eles a coisa julgada não se observará quando a prova pericial de DNA não foi realizada.

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

Com efeito, não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, preconizados constitucionalmente. (FARIAS, 2002, p. 95).

CONCLUSÃO

Esse presente trabalho buscou abordar a relativização da coisa julgada dentro das ações de investigação de paternidade, isso em virtude do avanço da ciência, mais especificamente, da ciência genética, permitindo que através do exame de DNA se afirme com certeza de 99,9% a origem genética do ser humano.

Após serem trazidos todos os conceitos e fundamentos jurídicos dos temas que envolvam o tema principal dessa monografia, se conclui favorável a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, mesmo tendo em conflito à dignidade da pessoa humana um outro princípio com grande relevância, qual seja: o princípio da segurança jurídica.

Foi visto no decorrer desse estudo que de um lado se tinha o princípio da segurança jurídica, que está pautado no instituto da coisa julgada, onde da imutabilidade das decisões proferidas pelo poder judiciário se encontra a segurança de que essas decisões nunca serão reformuladas, ou seja, que o direito adquirido na decisão nunca será modificado.

Contudo, de outro lado, se encontra um outro relevante princípio do ordenamento jurídico, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra respaldado no direito à filiação, ao nome, ou melhor, no direito que o filho tem em saber qual é sua origem genética, que pode ser dada pelo exame de DNA.

Portanto, na busca dessa verdadeira justiça, que se admite a relativização da coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n.2, p. 143-149, jul. /set. 1999.
- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. 2 – Processo de conhecimento, 8ª ed, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo. p. 66-89. 2005.
- BATISTA, Nilvio de Oliveira. Investigação de paternidade e recusa ao DNA. *Revista Del Rey Jurídica*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p 38-39, jan./jun. 2005.
- BERMUDES, Sérgio. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 131-135.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais. In: _____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, cap. 8. p. 228-266.
- BRASIL. *Código civil*. Organização do texto, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.(RT - mini – códigos).
- _____. *Código de processo civil*. Organização do texto, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.(RT - mini – códigos).
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Yussef Said

Cahali. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (RT – mini – códigos).

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, de 09 de setembro de 1942. *Constituição federal, código civil, código de processo Civil*. Organização do texto por Yussef Said Cahali. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 255-259.

_____. Lei nº 8.560, de 11 de abril de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 30 de dezembro de 1992. *Constituição federal, código civil, código de processo Civil*. Organização do texto por Yussef Said Cahali. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1238-1239.

_____. Projeto de Lei nº 6.960 de 12 de junho de 2002. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/preposicoes>>. Acesso em: 10 out. 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro*. teoria – legislação – jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 18-21, abr./jun. 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. 10. p. 220-266.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: do direito de Família*. 18 ed. aum. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002a. v. 5.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. A coisa julgada e a investigação de paternidade cumulada com alimentos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO, 2, 1999, Belo Horizonte. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 485-494.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 86-101, abr./jun. 2002.

GODOY, Luciano de Souza. Investigação de paternidade renovada – a busca da verdade biológica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n.16, p. 67-79, jan./mar. 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da proporcionalidade no Processo Civil. Editora Saraiva: São Paulo. 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. atual e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 16, p. 22-29, mar./abr. 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas: Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 67-78, abr./jun. 1999.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.5, n.19, p. 133-156, ago./set. 2003.

MADALENO, Rolf. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, cap. 20. p. 383-397.

MORAES, Maria Celina Bodin. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n.7, p. 38-59, out./dez. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 05-28, jan./fev. 2005.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa Julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n.27, p. 72-95, dez./jan. 2005.

NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz e a presunção de paternidade: aspectos constitucionais do art. 232 do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 33-52, out./dez. 2004.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. Editora Saraiva: São Paulo. 2002.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *A nova lei de investigação de paternidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n.13, p. 53-75, abr./jun. 2002.

PACIANOTTO, Carlos Eduardo. *A mitigação da coisa julgada no processo civil: principais teorias e fundamentos*. 2004. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. teoria geral do direito civil*. 20 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1

_____. *Instituições de direito civil: Direito de família*. 14. ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 05-13, mar./abr. 2003.

_____. Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 01, p. 39-47, set./out. 1999.

RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n.3, p. 51-57, abr./jun. 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade In: _____. (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 165-191.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

SILVA, Fernanda Martins. *O direito à filiação e o instituto da coisa julgada*. 2005. 217 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 15-30.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª Ed. Malhadeiros Editores: São Paulo. p. 95-99. 2001.

SILVA, Marcos Alves. De filho para pai – uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 23-30, jul./set. 2000.

SILVA, Reinado Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In LEITE, Maria Celeste Cordeiro (Org.) *Biodireito - Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, cap. 2. p. 68-97.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre. 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direito de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

_____. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 5-23, out. /dez. 1999.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 32-52, set. /out. 2002.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n.2, p. 121-142, jul./set. 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1, 2ª ed. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais.

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

WELTER, Belmiro Pedro. Relativização da coisa julgada na investigação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 5. p. 75-91.