

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Van Marco Vencato Filho

COISA JULGADA & AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
análise de admissibilidade de revisão do mérito das sentenças que não utilizaram o exame
clínico de DNA como meio de prova pericial

Chapecó (SC), 2012.

VAN MARCO VENCATO FILHO

COISA JULGADA & AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
análise de admissibilidade de revisão do mérito das sentenças que não utilizaram o exame
clínico de DNA como meio de prova pericial

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof^ª. Me. Carla Sottili Langoski Bortolotto.

Chapecó (SC), maio 2012

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÀREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

COISA JULGADA & AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
análise de admissibilidade de revisão do mérito das sentenças que não utilizaram o exame
clínico de DNA como meio de prova pericial

Van Marco Vencato Filho

Prof.^a. Me. Carla Sottili Langoski Bortolotto.
Professora Orientadora

Prof. Me. Gláucio Vincentin
Coordenador do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

VAN MARCO VENCATO FILHO

**COISA JULGADA & AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
análise de admissibilidade de revisão do mérito das sentenças que não utilizaram o
exame clínico de DNA como meio de prova pericial**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Me. Xxxxxx Xxxxx Xxxxx – Presidente

– Membro

– Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

RESUMO

COISA JULGADA & AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: análise de admissibilidade de revisão do mérito das sentenças que não utilizaram o exame clínico de DNA como meio de prova pericial. Van Marco Vencato Filho.

Carla Sottili Langoski Bortolotto (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) O presente estudo analisará a admissibilidade da relativização do princípio constitucional da coisa julgada, nas Ações de Investigação de Paternidade, que não utilizaram o exame clínico de DNA (ácido desoxirribonucléico) como meio de prova pericial. A tendência mundial em termos jurídicos, caminha no sentido da humanização do direito em detrimento de normas imperativas, desta feita, importante a análise da relativização da coisa julgada como instrumento de garantia dos direitos humanos, bem como da ordem constitucional. Se a tecnologia moderna nos permite a real comprovação dos fatos e o afastamento de sentenças fictícias, porque não tornar relativo o princípio da coisa julgada, frente a premissa de que nenhum preceito constitucional é absoluto. Assim poderá o poder judiciário, dar uma resposta certa e real aos conflitos relativos à investigação de paternidade. (OBJETIVOS) O objetivo geral do presente trabalho é descobrir quais os mais sensatos critérios que possam ser utilizados para relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Tem-se como objetivos específicos: resolver conflitos principiológicos, no que diz respeito à coisa julgada; identificar o exame de DNA como meio de prova pericial; definir, nas Ações de Investigação de Paternidade, quais são os casos fáticos que a relativização da coisa julgada é viável; identificar qual é o remédio jurídico para relativizar a coisa julgada, nos casos das Ações de Investigação de paternidade e estudar, no âmbito processual, os trâmites referentes às sentenças proferidas nas Ações de Investigação de Paternidade, sobretudo relativos à coisa julgada e a possibilidade de sua relativização. (EIXO TEMÁTICO) O eixo temático do Curso de Direito da Universidade Comunitária de Chapecó - UNOCHAPECÓ pelo qual o trabalho vincula-se é a “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, devido a análise de legislação, doutrinas, artigos jurídicos, internet etc., e utiliza-se o método dedutivo baseando-se no estudo de teoria e refinações de conceitos. (CONCLUSÃO) Após análise feita, constatou-se ser possível e necessária a relativização da coisa julgada em alguns casos excepcionais. Um exemplo que se enquadra perfeitamente para demonstração da relevância da teoria é o caso em que, a sentença proferida na ação investigatória de paternidade, baseada em provas pouco contundentes, declara fato que posteriormente venha ser contrariado por exame de DNA. Nesses casos, utiliza-se a ação rescisória para que se possa revisar a matéria já debatida, fundamentando no sentido de que através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a coisa julgada deve ceder para que se possa ser garantida a dignidade da pessoa humana e o acesso a ordem jurídica justa. (PALAVRAS-CHAVE) Coisa Julgada, ação de investigação de paternidade, DNA.

ABSTRACT

RES JUDICATA & ACTION RESEARCH OF PATERNITY: admissibility of analysis merit review of sentences that did not use the clinical examination of DNA as forensic evidence. Van Marco Vencato Filho.

Carla Sottili Langoski Bortolotto (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ)

(INTRODUCTION) This study will examine the admissibility of the relativization of the constitutional principle of res judicata, in Paternity Action Research, which did not use the clinical examination of DNA (deoxyribonucleic acid) as a means of expert testimony. The global trend in law walks towards humanization of law rather than mandatory rules, this time, important to analyze the relativization of res judicata as an instrument for ensuring human rights and constitutional order. If modern technology allows us the real proof of the facts and the removal of fictional sentences, why not make it on the principle of res judicata, forward the premise that no constitutional principle is absolute. So can the judiciary, and give a real answer to the conflict concerning the investigation of paternity. (Purpose) The general objective of this study is to discover what the most sensible criteria that can be used to qualify the actions of res judicata in a paternity dispute. It has the following objectives: of principles and resolve conflicts in respect of the res judicata; identify the DNA test as evidence expert, set in the Action Research Parenthood, which are the cases that the factual relativization of res judicata is feasible, identify what is the remedy for relativizing the res judicata, where the Shares of Research and study of paternity in the procedural context, the procedures relating to judgments in actions for the Investigation of Paternity, particularly relating to res judicata and the possibility its relativization. (SHAFT THEME) The main theme of the Course of Law, University Community Chapecó - Unochapecó by which work is linked to is "Citizenship and the State." (Methodology) The research is characterized as literature because the analysis of laws, doctrines, legal articles, internet etc., And uses the deductive method is based on the study of theory and refinements of concepts. (Conclusion) After analysis, it was found to be possible and necessary relativization of res judicata in some exceptional cases. An example that fits perfectly to demonstrate the relevance of the theory is the case in which the investigative judgment in the paternity action, based on some damning evidence, says the fact that later come to be counteracted by DNA testing. In such cases, we use the rescission action so you can review the matter already discussed, giving reasons in the sense that through the principles of reasonableness and proportionality, res judicata must give way so you can be assured of human dignity and access a just legal order. (KEYWORDS) res judicata, action research paternity DNA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	12
1 COISA JULGADA	12
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	12
1.1.1 Direito romano	13
1.1.2 Direito Comum	18
1.1.3 Direito Canônico	19
1.2 CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTO	21
1.2.1 Coisa Julgada Material	22
1.2.2 Coisa Julgada Formal	27
1.3 LIMITES DA COISA JULGADA	29
1.3.1 Limites objetivos da coisa julgada	30
1.3.2 Limites subjetivos da coisa julgada	32
1.4 ARGÜIÇÃO DA COISA JULGADA	34
1.5 EFEITO POSITIVO E NEGATIVO DA COISA JULGADA	34
CAPÍTULO II	37
2 O DNA COMO PROVA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	37
2.1 A ETIOLOGIA HISTÓRICA DA RELAÇÃO FAMILIAR PATERNO-FILIAL	38
2.1.1. Ordenações Filipinas	40
2.1.2. Código Civil de 1917	42
2.1.3. Constituições de 1934 e 1937	43
2.1.4. Decreto Lei 4.737 de setembro de 1942	43
2.1.5. Lei n. 883 de 21 de outubro de 1949	44
2.1.6. Constituição Federal de 1988	45
2.2. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	48
2.2.1. Natureza Jurídica da investigação de paternidade	49
2.2.2. Fundamentos e legitimidade	49
2.2.3. Foro competente e cumulação de pedido	51
2.2.4. Requisitos da ação de investigação de paternidade	52
2.2.5. Resposta do réu	52
2.2.6. Das provas	54
CAPÍTULO III	60
3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	60
3.1 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA	61
3.2 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	64
3.3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	67
3.3.1 Instrumentos	71

CONCLUSÃO75
REFERÊNCIAS77
ANEXOS81

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisará a admissibilidade da relativização do princípio constitucional da coisa julgada, nas Ações de Investigação de Paternidade que não utilizaram o exame clínico de DNA (ácido desoxiribonucléico) como meio de prova pericial.

A relativização da coisa julgada é uma teoria que vem sendo debatida no direito brasileiro. Doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e Eduardo Talamini são favoráveis à tese.

A tendência mundial em termos jurídicos, caminha no sentido da humanização do direito em detrimento de normas imperativas, desta feita, importante a análise da relativização da coisa julgada como instrumento de garantia dos direitos humanos, bem como da ordem constitucional.

O estudo será embasado na pesquisa bibliográfica. A busca por subsídios terá várias fontes, desde análise de textos legais, embasamento doutrinário e pesquisa dos entendimentos jurisprudenciais mais contemporâneos sobre o assunto. Além disso, buscará, caso necessário for, periódicos e materiais acessórios, de fontes digitadas e virtuais, buscando igualmente materiais em órgãos públicos que possuam vinculação com o tema central da pesquisa.

O processo investigativo iniciará com uma abordagem acerca do princípio constitucional da coisa julgada, em especial sua relação com a segurança jurídica. Num segundo momento, buscar-se-á esclarecimentos acerca das ações de investigação de paternidade e especificidades sobre o exame de DNA. Na fase derradeira da pesquisa, toma-se como premissa a análise de da admissibilidade da relativização da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade que não tiveram o exame de DNA utilizado como meio de prova pericial, buscando perquirir o remédio jurídico e os instrumentos para efetivação da relativização. Nesse sentido, partir-se-á de linhas gerais para a especificidade, razão pela qual o método de abordagem será o dedutivo.

A pertinência social do presente estudo está na busca pela real efetivação legal do princípio constitucional da seguridade jurídica das Ações de Investigação de paternidade. Há quem diga que a sentença é por si só absoluta, e tem como qualidade de seus efeitos o princípio da coisa julgada que a torna indiscutível e imutável.

É necessário que se mude esta concepção, tendo em vista que nada é absoluto enquanto não se exprimem todas as formas aceitáveis de comprovação. Nas ações de investigação de paternidade a verdade e em consequência a justiça, não podem ser obtidas por provas testemunhais e muito menos documentais, por ser a concepção (ato sexual), uma relação muito íntima e de difícil comprovação.

Nos dias de hoje, a ciência detém formas muito hábeis de enorme convicção para a obtenção da realidade fática nas Ações de Investigação de Paternidade, por isso elas devem ser utilizadas como meio relevante para a obtenção da justiça. Além do mais, a segurança jurídica não é assegurada pela coisa julgada, mas sim por um julgamento justo condizente com a verdade e a lei.

O presente estudo tem uma enorme relevância jurídica para a paz social, tendo em vista a sobreposição de princípios constitucionais para a busca de uma resolução jurídica fundamentada em provas condizentes e não mais uma seguridade jurídica baseada em decisões imperativas que muitas vezes não condizem com a realidade dos fatos.

Para tanto, o objetivo da presente pesquisa condiz com: resolver os conflitos principiológicos, no que diz respeito à coisa julgada; identificar o exame de DNA como meio de prova pericial; definir, nas Ações de Investigação de Paternidade, quais são os casos fáticos que a relativização da coisa julgada é viável; identificar qual é o remédio jurídico para relativizar a coisa julgada, nos casos das Ações de Investigação de paternidade e estudar, no âmbito processual, os trâmites referentes às sentenças proferidas nas Investigatórias de Paternidade, sobretudo relativos à coisa julgada e a possibilidade de sua relativização.

O presente estudo caminha no sentido contrario dos pensamentos positivistas. O que se busca é a flexibilização do princípio constitucional da coisa julgada em face de outros princípios como da legalidade, instrumentabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que uma sentença injusta, ficta, irreal, impossível, inconstitucional não poder ter caráter de imutabilidade e definição, pois ela não trará estabilidade às relações jurídicas.

Abordar-se-á questões acerca do princípio constitucional da coisa julgada e a sua ligação com a segurança jurídica. Sem dúvida a coisa julgada é um instrumento importantíssimo para a manutenção da paz social, porém temos que nos precaver acerca da imutabilidade e estabilidade atribuída aos efeitos da sentença.

Ademais, anteriormente à utilização do exame de DNA, as provas produzidas nas Ações de Investigação de Paternidade eram muito precárias para a complexidade dos fatos. A comprovação da paternidade é uma questão muito íntima do ser humano. Anteriormente ao exame de DNA se julgavam as Ações de forma ficta, ou seja, presumia-se a paternidade através de provas pouco contundentes. Muitas vezes bastavam fotos da genitora acompanhada do possível genitor, cartas e testemunhas.

Há uma necessidade, no sistema jurídico brasileiro, de quebra na rigidez do princípio da coisa julgada, frente a questões específicas. Cito as Ações de Investigação de Paternidade que não tiveram o exame de DNA como meio de prova pericial.

Se a tecnologia moderna nos permite a real comprovação dos fatos e o afastamento de sentenças fictícias, porque não tornar relativo o princípio da coisa julgada, frente a premissa de que nenhum preceito constitucional é absoluto. Assim poderá o poder judiciário, dar uma resposta certa e real aos conflitos relativos à investigação de paternidade.

CAPÍTULO I

1 COISA JULGADA

O presente capítulo versará acerca da coisa julgada, fazendo distinção entre coisa julgada material e formal. Inicialmente faz-se uma análise histórica para posteriormente estabelecer a denominação legal trazida pelo Código de Processo Civil, comparando-a com a conceituação dada pela doutrina.

Busca-se no primeiro instante pontuar os entendimentos doutrinários mais relevantes sobre o instituto da coisa julgada, tanto material quanto formal, para posteriormente pontuar a denominação mais concisa.

Dentro destes conceitos e disposições legais, serão estabelecidos os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, para depois, analisar os momentos possíveis e próprios para arguição da coisa julgada.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para perceber a relevância histórica da existência do instituto da coisa julgada, é importante analisar a observação de Talamini (2005, p. 197) onde afirma que em uma fase já

avançada, no século III a.C., “o desenvolvimento de um processo impedia outro posterior sobre o mesmo objeto.”

Deste modo, não há que se deixar de analisar o contexto histórico e as correntes mais remotas, pois, se depois deste enorme lapso temporal a coisa julgada ainda pode ser discutida de forma atual, temos que é imprescindível relatar seu amadurecimento como instituto jurídico.

Segundo Talamini (2005, p. 196), para melhor compreender a coisa julgada, é necessário examinar sua inclusão contextual dentro do direito romano, comum e canônico, que são as correntes basilares do sistema processual brasileiro.

Assim, vale ressaltar estas correntes, levando em conta as considerações de Talamini, haja vista a importância que o autor dá ao contexto do instituto da coisa julgada.

1.1.1 Direito romano

De pronto, analisa-se a contextualização processual/histórica do Direito romano, a qual segundo Talamini (2005, p. 197) deverá ser observada sob os prismas de três fases processuais, a arcaica, clássica e pós-clássica. Fazem parte destas fases históricas, o processo das *legis actiones*, o *processo formular* (os quais integram a *ordo iudiciorum privatorum*) e o processo da *cognitio extra ordinem*.

Talamini (2005, p. 197) explica a dinâmica processual das ações da lei e do processo formular, os quais são bifásicos. Na primeira fase, presidida pelo pretor, verificava-se os requisitos de admissibilidade e estabeleciam-se os contrapontos entre as partes e com suas participações, escolhia-se o *iudex* e limitava-se a lide e possíveis soluções.

Posteriormente, segundo leciona Talamini (2005, p. 197), o *iudex* instruía o processo e julgava nos limites pré-estabelecidos na fase anterior. O autor ressalva que este agente

processual originava-se do acordo entre as partes perante o pretor, e não de uma imposição do Estado, portanto, a sentença, não poderia ser discutida em instância recursal.

Ponderadas as semelhanças entre as ações da lei e o processo formular, cabe agora expor as diferenças entre estas duas espécies de processo. De acordo com Talamini (2005, p. 197) as ações da lei eram solenes e formais e advinham de uma visão religiosa, além do mais eram poucas as ações que tinham previsão de tutela. Já o processo formular tinha um caráter inovador, menos formalista, “fruto do trabalho criativo do pretor”. A partir daí começou-se a instituir relevância pública ao processo e conseqüentemente aos seus institutos.

Em outra fase, conforme corroborações de Talamini (2005, p. 198), quando o império já estava firmado, o processo *cognitio extra ordinem* ascendeu em detrimento do modelo bifásico. Este novo molde processual se desenvolvia em uma única fase, perante o magistrado, o qual detinha competência advinda da autoridade do imperador e tinha a função de julgar. Deste ponto em diante, o juiz começou a ter que motivar suas decisões e estas estavam sujeitas às instâncias superiores.

Estabelecido o contexto histórico/processual do Direito romano, resta inserir e analisar o instituto da coisa julgada dentro de três espécies processuais: ações de lei, processo formular, *cognitio extra ordinem*.

1.1.1.1 Ações de lei e coisa julgada

Conforme corroborações de Talamini (2005, p. 198) não há como precisar o momento exato em que se atribuiu aos atos processuais a estabilidade conferida pela coisa julgada. No entanto, já no período das *legis actiones* era possível verificar a força preclusiva do processo. Em meados do século III a.C., em uma fase avançada, não se permitia o trâmite de um processo cuja matéria havia sido julgada. A idéia que se tinha na época é a mesma que se tem nos dias de hoje, ou seja, o processo posterior sobre matéria já resolvida conduz o novo

demandante a falta de interesse de agir. Além do mais, esta idéia de preclusão, é equiparável ao conceito da função negativa da coisa julgada dado atualmente.

Segundo Murga (*apud* TALAMINI, 2005, p. 199) esta forma preclusiva já era possível de ser verificada nos primórdios de Roma, quando a justiça baseava-se na vingança. Assim, iniciado o ato vingativo, não havia a possibilidade de arrependimento.

Deste modo, verifica-se que a coisa julgada é um instituto jurídico antiquíssimo, que teve como premissa atribuir ao ato jurídico a estabilidade necessária para impedir o desenvolvimento de novo processo sobre matéria já julgada.

1.1.1.2 O processo formular e a coisa julgada

Assim como as *legis actiones*, o *processo formular* era um modelo bifásico. Em um primeiro instante, as partes, juntamente com o pretor, estabeleciam os limites da lide e das questões a serem decididas, bem como firmavam o compromisso de participar da segunda fase, *apud iudiciem*. Conforme ensinamentos de Talamini (2005, p. 200), este primeiro momento de composição da lide, *litis contestatio*, ao passo que tomou a forma escrita, já no *processo formular*, passou a ter mais rigor e valor quanto os seus efeitos, haja vista a sistematização da submissão a pronuncia do pretor.

Talamini (2005, p. 200) leciona que a *litis contestatio*, extinguiu a relação jurídica discutida. Esta extinção poderia dar-se em momentos distintos, haja vista a vigência de dois ordenamentos jurídicos. Assim, coexistiam o “processo formular: *ius civile* e *ius honorarium*”. Aquele, relacionado ao *iudicium legitimum*, era muito semelhante as *legis actiones* devendo serem observados os mesmos requisitos. Este, referente ao *iudicium império continens*, era orquestrado pelo direito pretoriano e não atendiam aos mesmos requisitos.

De acordo com o ressaltado por Talamini (2005, p. 200), no *ius civile*, quando o processo se dava acerca de direitos obrigacionais, a *litis contestatio* extinguiu a relação

jurídica impondo uma nova, substituinte da originária. No entanto, no *ius honorarium*, Talamini (2005, p. 201) afirma que:

[...] não se punha automaticamente semelhante efeito. Mas razões de conveniência pública e equidade levaram o pretor a passar a conceber uma exceção ao réu, que lhe permitia extinguir o segundo processo que formasse com o mesmo objeto e entre as mesmas partes. Era a *exceptio in iudicium deducta vel de re iudicata* [...].

Como já mencionado anteriormente, apenas as ações associadas ao direito das obrigações extinguíam a relação jurídica. Talamini (2005, p. 201) revela que, a natureza jurídica destas ações permitia a extinção automática e a absorção da relação originária pela *litis contestatio*. “[...] nos direitos de outra natureza, como os reais e os hereditários, essa absorção seria inviável pela falta de homogeneidade entre a estrutura desses direitos, *erga omnes*, e o vínculo bilateral da *litis contestatio* [...]”. O titular do direito real tem várias possibilidades acionárias de rechaçar qualquer conduta de qualquer pessoa que intente contra seu direito, motivo pelo qual o “pretor concedia a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*”, também nas ações sobre direitos reais e hereditário.

Talamini (2005, p. 201) observa que a sentença pronunciada pelo *iudex* resolvia a controvérsia, surgindo, portanto uma nova relação jurídica entre as partes. Neste ínterim, pode-se dizer que isto era coisa julgada, *res iudicata*. Assim, entendeu o direito romano clássico, que a coisa julgada era o próprio resultado, o estado da coisa, que pode ser compreendida como “o bem de vida objeto do litígio”. Deste modo, a coisa julgada era o “próprio e único” efeito da sentença.

Murga (*apud* TALAMINI, 2005, p. 202) leciona que a extinção produzida pelo julgamento, era ainda mais abrangente do que aquela produzida pela *litis contestatio*. Além disto, o efeito produzido pela sentença “absorvia e superava” o efeito anterior produzido pela *litis contestatio* e em alguns casos tal efeito estendia-se a terceiros.

Conforme colaboração de Talamini (2005, p. 204) “[...] coube à jurisprudência clássica” estabelecer critérios para nomear os casos que não eram atingidos pelos efeitos da *res iudicata* e da *litis contestatio*. Foi aí que nasceu a idéia de *tria eadem*: “*idem corpus, eadem causa petendi e eadem condicio personam*.” Ou seja, tríplice identidade, que consiste em duas ações com as mesmas partes, pedido e causa de pedir.

1.1.1.3 Extraordinária *cognitio* e a coisa julgada

Como já mencionado, o *cognitio extra ordinem* foi o marco do processo monofásico e se desenvolvia perante o juiz (autoridade estatal). Segundo Talamini (2005, p. 206) a partir deste momento houve a intenção de “publicização” da coisa julgada, deixando de ser uma relação obrigacional entre as partes, passando a fundamentar-se na autoridade Estatal.

Talamini (2005, p. 206) leciona que pelo fato do julgamento ser realizado por um ente estatal, estaria a decisão sujeita a recurso. Mesmo com a possibilidade de recorrer, a sentença produzia seus efeitos no momento em que era proferida, pois, não havia ainda surgido o conceito trânsito em julgado. Desta maneira, a coisa julgada confundia-se com a própria sentença.

Pode-se dizer que foi neste período, com a *cognitio extra ordinem*, que se efetivaram as funções positivas e negativas da coisa julgada. Talamini (2005, p. 207) explica que “A coisa julgada mantinha-se com dupla função preclusiva (impeditiva de novo exame da mesma *res*) e prejudicial (ou positiva: em causa seguinte, que pressupusesse a relação ou situação objeto da decisão anterior, essa teria de ser necessariamente observada.”

Talamini (2005, p. 208) destaca que com a *cognitio extra ordinem*, houve “sistematização e aperfeiçoamento” dos princípios relacionados à eficácia da sentença em face de terceiros. No entanto, só foram encontrados indícios de disposições que negam a extensão da coisa julgada à terceiros, já no período pós-clássico.

Percebe-se que a *cognitio extra ordinem* atribuiu ao julgado caráter de publicidade, pois a sentença passou a emanar de um agente estatal (magistrado) e não mais se baseava em uma relação de obrigação entre as partes, como no período bifásico. Este novo modelo monofásico preocupou-se com outras questões ainda não debatidas na época, como: os terceiros alheios a lide e as funções que a coisa julgada exercia.

1.1.2 Direito Comum

Como já mencionado anteriormente, o Direito Comum foi uma das correntes basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Leciona Talamini (2005, p. 215) que para a análise desta corrente, é necessária a aproximação com o Direito Canônico. Esta verificação concorrente do direito comum e canônico se justifica pelo fato de que, por volta do ano 1.000, houve o surgimento de várias universidades na Itália que marcaram o retorno do estudo do Direito Romano. Este estudo se remetia a comparação das correntes locais ao Direito Canônico. A partir deste momento buscou-se a aproximação destas correntes doutrinária em prol da universalização, com intuito de instituir um direito comum à toda a Europa.

De acordo com corroborações de Talamini (2005, p. 215) esta composição histórica de busca pela unificação das fontes do direito Europeu, foi responsável pelas elaborações de conceitos e distinções relevantes acerca do instituto da coisa julgada.

Uma destas distinções, segundo Talamini (2005, p. 215) é a diferenciação entre coisa julgada e sentença. O Direito comum foi responsável pela quebra do conceito que confundia estes institutos. Esta nova corrente unificadora, afirmava que a *coisa julgada só se configurava após o decurso de prazo para recurso*.

Na apresentação dos conceitos e distinções advindas do Direito Comum, Talamini (2005, p. 217) afirma que tendenciosamente ao Direito romano, nota-se:

[...] *que determinadas sentenças “fazem direito” e por isso, se aplicam a terceiros.* A partir de outra formulação romana, *sententia facti ius*, firmou-se o entendimento de que, em determinadas hipóteses, a sentença cria uma situação jurídica nova. Tratar-se-ia de uma autoridade do julgado ainda mais forte do que aquela, comum a todas as sentenças, de *praesumptio iuris et de iure*. Enquanto a presunção advinda da coisa julgada poderia ser afastada pela confissão daquele que se beneficiou da sentença, a autoridade da sentença que *faz direito* não comportaria nenhuma derrogação.

Talamini (2005, p. 217) ensina que estas sentenças que “fazem direito” tinham eficácia *erga omnes*, motivo pelo qual seus efeitos não se estendiam apenas às partes, mas também aos terceiros. Estas decisões eram classificadas como “sentenças de *status*”. No entanto, para que estas decisões tivessem eficácia perante terceiros, seria necessário: “ser dada entre legítimos

contraditórias; não ser pronunciada em contumácia; não ter havido colusão entre as partes; ser processo de cognição exauriente e não sumária [...] etc.” Nota-se que estes conceitos duradouros, originários da história do Direito, estão integrados diretamente na segunda parte do artigo 472¹ do CPC.

Ensina Talamini (2005, p. 217) que o direito comum influenciado pelo direito canônico, além da estipulação de sentenças que “fazem direito”, foram responsáveis pela verificação de hipóteses onde não havia a abrangência da coisa julgada. Estipulou-se que a sentença nula, cuja nulidade advinha de defeitos de jurisdição e competência, bem como a sentença que ofendia o direito positivado, não faziam coisa julgada. Em outro contexto, estipulou-se ainda que a sentença “seguramente injusta” ou fundamentada em provas ilegais, também não fazia coisa julgada.

Talamini (2005, p. 218) ressalva, que mesmo em situações em que a sentença era válida, sem nenhum resquício de nulidade, havia a hipótese de não configuração da coisa julgada.

Percebe-se que neste contexto histórico, já havia preocupação em limitar a abrangência de tal instituto, tendo em vista outros preceitos fundamentais, com intuito de conformá-los entre si.

1.1.3 Direito Canônico

O Direito canônico é sem dúvida a doutrina que contribuiu para avanço do estudo acerca da coisa julgada. Talamini (2005, p. 220) afirma que esta corrente é repleta de “peculiaridades” comparada com a corrente laica. Neste período da história instituiu-se o princípio pelo qual as sentenças que decidiam acerca do estado da pessoa, não passavam em julgado. Além disto, como mencionado anteriormente, foi o direito canônico, debruçado ao

¹ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citadas no processo, em litisconsórcio

direito romano, o precursor da construção avançada da idéia de que a sentença iníqua, a qual não correspondia com a verdade dos fatos, não poderia fazer coisa julgada.

Conforme leciona Talamini (2005, p. 222), o direito canônico em sua fase inicial, era ainda muito atrelado aos conceitos romanos, motivo pelo qual havia uma resistência em reexaminar a decisão já proferida, haja vista a não distinção entre sentença e coisa julgada. Foi posteriormente, com a “estabilização” do direito canônico e com a flexibilização da impossibilidade de revisão da sentença, que se criou a idéia de “trânsito em julgado” e distinguiu-se sentença e coisa julgada. Passou-se a estipular situações permanentes de possibilidade de reexame.

De acordo com ensinamentos de Talamini (2005, p. 223):

No instante em que se começou a conceber sentenças que não eram imutáveis, já não era mais possível a identificação entre estas duas categorias. Daí a distinção entre sentença, considerada em si mesma, e a “passagem em julgado”, consistente na condição de irrevogabilidade, que não precisa estar presente em todas as sentenças.

Talamini (2005, p. 223) contribui dizendo que esta distinção está relacionada com a “existência de um momento formal” pelo qual a sentença adquire qualidade de coisa julgada. Cabe salientar que este momento não coincide, necessariamente, com o momento em que a sentença é proferida.

Restou claro a relevância do estudo dos aspectos históricos da coisa julgada, eis a identificação dos conceitos do direito romano, comum e canônico com a conceituação utilizada pelo direito atual brasileiro. Estas correntes estudadas, muito contribuíram para o avanço do estudo acerca da coisa julgada. Resta agora, após a análise histórica de tal instituto, a busca pela conceituação atual atribuída.

necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

1.2 CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTO

A coisa julgada é garantia constitucional assegurada pelo art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Tendo em vista a relevância constitucional do instituto da coisa julgada, e a atribuição de lei dada à sentença pelo art. 468 do CPC², temos que a coisa julgada fundamenta-se pela autoridade imposta por estes dispositivos legais, ou melhor, pela imperatividade atribuída à sentença.

Por outro prisma, Liebman (*apud* THEODORO JUNIOR, 2009, p. 529) informa que a coisa julgada fundamenta-se na necessidade, já reconhecida pelo Estado, de combater a perpetuação dos litígios, com intuito de fazer valer a segurança e a ordem jurídica. O autor menciona que há quem diga, ainda, que a coisa julgada fundamenta-se na presunção de verdade e justiça contida na sentença.

No entanto Theodoro Junior (2009, p. 531) critica esta idéia dizendo que:

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência da ordem prática, quase banal, mas impreciosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário.

Vale ressaltar a fundamentação política do instituto da coisa julgada, que visa a segurança jurídica em prol da ordem pública. A coisa julgada é um importante instituto processual mantenedor da ordem democrática.

² Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

1.2.1 Coisa Julgada Material

A definição de coisa julgada está prevista no art. 467 do CPC e tem a seguinte redação: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Após análise da literalidade deste artigo de lei e dos conceitos dados pela doutrina, concluiu-se que a denominação legal de coisa julgada material, da pelo CPC é *equivocada*. A inadequação é perceptível quando seguimos da premissa de que a intenção do legislador era basear-se no conceito dado pela doutrina romana, a qual ensina ser a coisa julgada material um efeito da sentença.

Deste modo, através de uma interpretação extensiva, constatou-se que quando o legislador dispôs acerca da coisa julgada material como sendo uma *eficácia* da sentença, temos que na verdade a intenção era denominar como *efeito*, haja vista que a base do conceito é a doutrina romana. Não houve por parte do legislador nenhuma cautela ao denominar coisa julgada material.

Posto isto, com intuito de conceituar a coisa julgada material de forma mais convicta, a doutrina procurou diferenciar efeitos e eficácias da sentença e criticar a definição de coisa julgada dada pelo CPC, apontando o erro lógico existente. Silva (apud MORAES, 1997, p. 48) faz a diferenciação entre eficácias e efeitos da sentença. Segundo o autor, a eficácia faz parte do conteúdo da sentença, e nada mais é do que a aptidão que a sentença tem de produzir efeitos.

Moraes (1997, p. 49) ainda afirma que “[...] se a coisa julgada fosse simplesmente uma eficácia da sentença, mesmo nas decisões terminativas, que não examinam a relação jurídica material, teríamos de reconhecer a existência de coisa julgada material”.

Esta distinção é também verificada na obra de Theodoro Junior (2009, p. 520) quando o autor classifica as sentenças quanto aos seus efeitos, demonstrando a existência de sentenças de eficácia imediata ou completa que são aquelas que “por si só produzem efeitos” e sentenças de eficácia contida ou mediata que dependem de “atos do juízo tendentes a materializar o comando sancionatório”.

Ainda na crítica feita ao conceito disposto no CPC, transcreve-se exemplo que evidencia com clareza a distinção entre eficácia e efeitos da sentença, pois se constata que a sentença pode ter eficácia mesmo sem produzir efeitos.

O efeito representado, no caso da sentença de mandado de segurança, pela efetiva expedição e cumprimento do mandado, é resultado que está fora do ‘conteúdo’ da sentença; e que poderá, até mesmo, jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias. (SILVA, 1988, p. 215).

Além do erro já demonstrado acerca da denominação, temos que também houve equívocos quanto à abrangência e incidência. O art. 467 do CPC dispõe que coisa julgada material é a *eficácia da sentença*, presumindo-se estarem todas as sentenças aptas a fazer coisa julgada material. No entanto, verifica-se na doutrina que nem todas as decisões têm esta aptidão.

Talamini (2005, p. 44) revela que a definição de coisa julgada dada pelo Código de Processo Civil brasileiro é um tanto equivocada, haja vista que o conceito é limitado trazendo enormes prejuízos ao ordenamento jurídico. O próprio CPC traz contidas normas que desatualizam a “literalidade do art. 467”.

Para construirmos um conceito de coisa julgada é necessário analisar o instituto de forma extensiva, associada com outros dispositivos legais. Segundo Talamini (2005, p. 31):

É o art. 485 do diploma processual que estabelece de modo mais preciso o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua desconstituição a via restrita e excepcional da ação rescisória: ‘sentença de mérito transitada em julgado’. Lembre-se apenas que o ‘mérito’ do processo (*rectius*: seu objeto) pode eventualmente dizer respeito a um direito, relação ou situação processual [...] e a sentença que o decide, desde que presentes os demais pressupostos, estará apta a fazer coisa julgada material.

Depois de demonstrados o equívoco da denominação legal e da abrangência da coisa julgada material verificou-se que coube a doutrina a real conceituação do instituto em análise. Talamini (2005, p. 32) inicia lecionando acerca da doutrina romana, que entende ser a coisa julgada um efeito da sentença, o qual se confundia com o próprio efeito declaratório produzido. Para os romanistas a autoridade da coisa julgada que dava à sentença caráter de estabilidade, se baseava na declaração, pois esta tinha “força obrigatória e indiscutível”.

O pensamento de Chiovenda (*apud* TALAMINI, 2005, p. 33) começou a evidenciar a superação do conceito romano:

[...] ao afirmar que as partes podem renunciar ao efeito do julgado, mas nunca pretender nova decisão sobre o já decidido, Chiovenda deixa também nítida a diferença entre o ‘efeito do julgado’ e a autoridade da coisa julgada (proibição de nova decisão).

Quando Chiovenda afirma que as partes podem renunciar os efeitos do julgado, mas a autoridade da coisa julgada permanece intacta, temos que para este autor, coisa julgada não é efeito da sentença, pois se assim fosse, poderia também ser renunciada, assim como os demais efeitos.

Conforme ensinamento de Talamini (2005, p. 33) calcada de imperfeições, a teoria de Chiovenda era ainda inadequada, cabendo a Liebman diferenciar, com exatidão, a coisa julgada dos efeitos da sentença.

Liebman (apud TALAMINI, 2005, p. 33) ressalva que:

[...] 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 Liebman).

Como já mencionado, a teoria romanística dizia ser a coisa julgada o próprio efeito declaratório da sentença, no entanto Liebman (1981, p. 18) atacou esta concepção explorando o erro existente. Destaca que ao colocar a coisa julgada no mesmo patamar dos efeitos da sentença, estar-se-ia comparando-a com “coisas heterogêneas” e de espécie incompatível.

Segundo ensinamentos de Liebman (apud SILVA, 1988, p. 204) a coisa julgada material não se estende apenas ao efeito declaratório da sentença, mas a todo conteúdo da sentença, quando este tenha a finalidade de criar ou modificar a relação jurídica. Assim, além da sentença declaratória, fazem também coisa julgada a sentença com efeito constitutivo.

Liebman (1981, p.18) afirma que “Ao efeito constitutivo da sentença poder-se-á comparar e contrapor o seu efeito declarativo, isto é, a sua eficácia de declaração, e não a coisa julgada que se forma sobre a declaração”.

De acordo com as corroborações de Liebman (apud TALAMINI, 2005, p.34) o erro está em dizer que coisa julgada é efeito da sentença, haja vista que em certos casos o efeito declaratório é produzido antes do trânsito em julgado, além disso, os demais efeitos ficam sem o resguardo da coisa julgada.

Para Liebman (1981, p. 19) todos os efeitos da sentença podem ser analisados de forma independente da coisa julgada, sendo esta apenas uma qualidade, um “elemento novo” que os qualifica.

Neste sentido Liebman (apud MORAES, 1997, p. 32) contextualiza que:

[...] quando *Hellwing* – como já se viu – define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente como a eficácia declaratória da sentença, confunde justamente o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade deste efeito.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 329), autores adeptos a teoria da relativização da coisa julgada, aderem à concepção pensada por Liebman, onde se define coisa julgada como uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis.

Theodoro Júnior (2008, p. 526) (grifo nosso) também segue o entendimento de Liebman e afirma que *res iudicata*, permite que o “comando emergente da sentença” tenha relevância alheia ao processo em que foi prolatada, “pela *imutabilidade dos seus efeitos*”.

Ressalta Talamini (2005, p. 36) que a concepção liebmaniana não consiste apenas em dizer que a coisa julgada é qualidade da sentença. Em algumas passagens Liebman (apud TALAMINI, p. 36) ainda afirma que a real definição de coisa julgada é a de “imutabilidade do comando emergente de uma sentença”.

Para enfatizar esta tese, traz-se o ensinamento de Liebman (apud MORAES, 1997, p. 32) (grifo nosso).

[...] a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir que o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social [...] intervém para evitar esta possibilidade, tornando o ‘comando’ *imutável* quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

Silva (1988, p. 209) faz uma crítica substancial e relevante acerca da teoria de Liebman, afirmando que na verdade a imutabilidade recai sobre o efeito certificativo, “contido na declaração sentencial”, e não sobre os efeitos da sentença como um todo, conforme pensado inicialmente por Liebman.

Segundo Silva (1988, p. 210) o que se busca em um processo é a declaração precisa do juiz sobre a “existência ou a inexistência da relação jurídica”, portanto, todas as sentenças terão eficácia declaratória e poderão produzir efeito declaratório.

Leciona Silva (1988, p. 209) que os efeitos constitutivos, mandamentais, executivos e outros, podem ser renunciados, perdoados ou transacionados, no entanto, apenas o efeito que declara a relação jurídica é passível de imutabilidade.

O exemplo de Silva (1988, p. 209) a seguir debatido esclarece pormenorizado o acima exposto. A dívida certificada existente em demanda judicial desaparece do mundo jurídico após o pagamento ou o perdão, extinguindo-se assim o efeito condenatório, permanecendo, portanto e somente, a indiscutibilidade do “efeito ‘certificativo’ contido na declaração sentencial.”

Para Talamini (2005, p. 38) a teoria de Silva não tem ligação com a doutrina romana, apesar de poderem ser confundidas:

A concepção defendida por Ovídio, contudo, em um relevante ponto não se identifica com aquela tradicional orientação contra a qual se voltou Liebman: embora afirmando que a coisa julgada é qualidade que se restringe ao efeito declaratório da sentença, o processualista gaúcho não reputa – ao contrário da doutrina criticada por Liebman – que a coisa julgada seja indispensável para que a sentença tenha efeito declaratório.

Moreira (apud TALAMINI, 2005, p. 35), é crítico da teoria liebmaniana e afirma que a coisa julgada não é a imutabilidade dos efeitos da sentença, mas sim do conteúdo do comando da sentença.

Segundo Talamini (2005, p. 36), vale ressaltar que Liebman preocupou-se inicialmente em diferenciar efeitos e coisa julgada, no entanto, em algumas passagens, afirma, de forma semelhante a Moreira, que coisa julgada é a “imutabilidade do comando emergente da sentença”. No entanto, posteriormente, ao buscar fundamentação, recai novamente em erro ao afirmar que a coisa julgada abrange os efeitos do julgado.

Após analisadas as teorias de maior relevância acerca do instituto da coisa julgada, resta afirmar que o pensamento mais adequado é o lecionado por Silva (1995, p. 209), onde diz que a imutabilidade recai sobre o efeito certificativo contido na declaração sentencial.

Silva é mais conciso em suas explicações, trazendo exemplos claros que derrubam a idéia Liebmaniana. O autor deixa evidente que os efeitos da sentença podem ser modificados e extintos, no entanto, permanece intacto o efeito certificativo que declara a relação jurídica, posto isto, a coisa julgada material é a imutabilidade e indiscutibilidade deste efeito certificativo contido na sentença.

Apesar do que foi dito, não podemos deixar de salientar a importância do pensamento de Liebman, autor responsável pela diferenciação de efeito e coisa julgada, que “desmistificou” o pensamento romanista.

1.2.2 Coisa Julgada Formal

Ao passo que tentamos conceituar coisa julgada em sentido formal, não há outra saída senão iniciar com a denominação de preclusão, que nada mais é, segundo Chiovenda (2002, p. 450), “um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consiste na perda de uma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo.”

Segundo Theodoro Junior (2009, p. 532) por ser o processo uma gama de atos sucessivos, há a necessidade de uma ordenação lógica e temporal destes atos, afim de que não perdurem no tempo.

De acordo com ensinamentos de Chiovenda (2009, p. 450) a preclusão, depois da sentença, requer um termo inicial e final de admissão de recursos. Deste modo, quando se verifica a perda da faculdade (preclusão) de impugnar a sentença, ocorre a coisa julgada em sentido formal.

Segundo Moraes (1997, p. 39) grande parte da doutrina confunde preclusão com coisa julgada formal. No entanto Grinover (*apud* MORAES, 1997, p. 39) faz a diferenciação dizendo que “a preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo.”

Além de firmar a denominação de preclusão, é também necessário estabelecer o conceito de trânsito em julgado para melhor poder analisar o instituto da coisa julgada em sentido formal. Segundo Talamini (2005, p. 32) trânsito em julgado é o momento em que não é possível, através de “mecanismos internos” do processo, alterar a sentença proferida.

Talamini (2005, p. 32) diferencia trânsito em julgado e coisa julgada formal, dizendo que:

[...] são institutos inconfundíveis. Coube ao direito canônico firmar a distinção [...]. Se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido trânsito em julgado, por outro lado, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo coisa julgada material. Quando muito, pode-se vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal [...]. Mas, ainda assim, não há identidade entre os dois conceitos. O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito.

Passadas estas distinções entre preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada, cabe agora diferenciar instituto *in tela* quanto a sua abordagem formal e material. Theodoro Junior (2009, p. 526) diz ser a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença dentro do próprio processo, por não ser mais possível a interposição de recursos.

Liebman (1981, p. 60) já diferenciava coisa julgada substancial (material) e coisa julgada em sentido formal dizendo que a primeira qualifica a sentença quando não é mais possível a interposição de recursos, a segunda, está ligada à “eficácia específica” e à autoridade da coisa julgada. Afirma ainda que a coisa julgada substancial está condicionada a configuração da coisa julgada formal.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 328) coisa julgada formal torna indiscutível a sentença, como ato processual. A coisa julgada material difere-se da coisa julgada formal, por ser a primeira inerente ao efeito certificativo da sentença, o qual declara a relação jurídica (mérito) e a segunda refere-se não mais ao efeito certificativo, mas sim a imutabilidade do ato jurídico pelo decurso do prazo para recurso.

Theodoro Junior (2009, p. 527) ainda afirma que:

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.

Deste modo podemos dizer que a coisa julgada formal é qualidade de todas as sentenças, sendo que a coisa julgada material é qualidade apenas das sentenças que resolvem o mérito da questão discutida.

Assim, o ato jurídico terminativo que extingue o processo sem resolução de mérito, art. 267 do CPC³, é imutável e indiscutível pela qualificação dada apenas pela coisa julgada em sentido formal, enquanto as sentenças resolutivas previstas no art. 269 do CPC⁴, são estabilizadas tanto pela coisa julgada formal quanto material, haja vista a resolução do mérito.

Verifica-se que é um tanto quanto pacífico o entendimento acerca do instituto da coisa julgada em sentido formal, podendo ser conceituado como uma qualificação que dá ao ato jurídico (sentença) a imutabilidade e indiscutibilidade necessária para estabilização do julgado. Há que salientar que esta qualificação é estendida apenas dentro do próprio processo.

1.3 LIMITES DA COISA JULGADA

Com intuito de melhor entender a coisa julgada e sua função, são necessárias as análises dos demais direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988. É importante ter uma visão proporcional e razoável, só assim podem-se estabelecer com maior clareza os limites da coisa julgada. Esta proporcionalidade atribuída à interpretação de tal instituto o torna mais legítimo, trazendo maior estabilidade ao julgado.

³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX- quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos previstos neste código.

⁴ Art. 269. Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III – quando as partes transigirem; IV-quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

1.3.1 Limites objetivos da coisa julgada

De pronto, para analisarmos os limites objetivos da coisa julgada, é importante esclarecer o disposto no art. 468 do CPC, o qual menciona que a sentença tem força de lei e limita-se a *lide e as questões decididas*.

Com intuito introdutório, Theodoro Junior (2009, p. 535) faz uma relevante explanação acerca do conceito de lide e questões da lide, com intuito de estabelecer os limites objetivos da coisa julgada com maior clareza. O autor explica que “Lide ou litígio é o conflito de interesse a ser solucionado no processo. As partes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão e a resistência, criando dúvidas sobre elas, que dão origem às questões decididas.”

De acordo com Theodoro Junior (2009, p. 536) lide consiste no *pedido* e na *causa de pedir*. Deste modo, analisando o art. 468 do CPC de forma concorrente com a denominação e conceituação de lide e dos elementos que a consistem, temos que a coisa julgada *limita-se objetivamente ao pedido e a causa de pedir*. Talamini (2005, p. 68) neste mesmo sentido, afirma que a propositura de uma nova ação com pedido e causa de pedir diversa da ação anterior, não está abrangida pela coisa julgada.

Theodoro Junior (2009, p. 536) traz um importante exemplo que cabe ser ressaltado:

[...] o herdeiro legítimo também contemplado em testamento reivindica a herança apenas invocando a disposição testamentária (uma questão) e perde a demanda, não estará inibido pela *res iudicata* de propor outra ação baseada na vocação hereditária legítima (outra questão ainda não decidida).

No entanto, Talamini (2005, p. 70) ressalva que não basta alterar o pedido para que a coisa julgada seja afastada, segundo o autor não é apenas a identidade dos pedidos que está ligada aos limites objetivos da coisa julgada. O autor menciona que devemos levar em considerações outras questões.

Talamini (2005, p. 70) utiliza-se de exemplo, para dizer que nos casos onde for julgado improcedente o pedido de condenação por 1000, é impossível posteriormente pleitear condenação por 200. Deste modo, verifica-se que alterou-se o pedido, e mesmo assim houve

abrangência da coisa julgada. O autor ainda se utiliza do exemplo do pedido incompatível, que também é abrangido pela coisa julgada. Explica que o condenado ao pagamento de dívida não poderá pleitear, com fundamento em fatos anteriores a primeira demanda, a declaração de inexistência de débito.

Além destes exemplos, Talamini (2005, p. 71, grifo do autor) afirma que:

(iii) o pedido que esteja prejudicado pelo *decisum* do processo anterior. Se depois de haver sido declarado que *x* não é filho de *y*, em sentença que fez coisa julgada material, *x* vier a pedir alimentos fundando-se na pretensa relação de filiação já negada pela sentença anterior, o juiz do novo processo está vinculado a essa negativa, tendo que julgar *improcedente* o pedido.

Outra questão abordada por Talamini (2005, p. 71) está relacionada com a *causa de pedir*. O doutrinador frisa que as normas jurídicas invocadas pelo autor e as utilizadas para fundamentar a decisão, não estão vinculadas a causa de pedir e conseqüentemente não fazem coisa julgada. Isto porque, o juiz não fica atrelado aos dispositivos mencionados pelo autor, conforme provérbio *iura novit cúria*, bem como, no curso do processo, tanto autor quanto o juiz, poderão rever a tipificação relativa a descrição fática. No entanto esta revisão deverá estar limitada ao fundamento fático e aos efeitos jurídicos pleiteados.

A partir deste ponto, Talamini (2005, p. 72) ensina que “Na ordem processual civil brasileira, a causa de pedir é integrada (i) pela descrição dos fatos que servem de fundamento ao pedido e (ii) pela correlação lógico jurídica entre os fatos descritos e a consequência jurídica pleiteada.” Assim, se houver uma identidade entre estes elementos integrantes da causa de pedir (fatos e as conseqüências pleiteadas), temos que a ação anterior estará abrangida pela coisa julgada.

Liebman (1981, p. 55) é sucinto quando dispõe sobre os limites objetivos, afirmando que a coisa julgada não recai sobre “a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”, mas sim, apenas ao comando pronunciado, o qual se torna imutável.

Esse também é o entendimento de Chiovenda (2002, grifo do autor, p. 495) o qual ensina que faz coisa julgada a “conclusão *última* do raciocínio do juiz” e não os motivos utilizados como pressupostos para o resultado do comando. O artigo 469 do CPC⁵ informa

⁵ Art. 469. 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.

neste mesmo sentido, afirmando que os motivos que determinam a disposição da sentença (decisão última), não fazem coisa julgada.

Assim, após esta análise, podemos concluir de pronto que a coisa julgada limita-se objetivamente à identidade da causa de pedir e dos pedidos. Deste modo, quando proposta nova ação com identidade destes elementos, a sentença anterior deverá ser abrangida pela coisa julgada, além disto, como ficou claro, os motivos que deram ensejo a sentença, mesmo que relevantes, não fazem coisa julgada, assim como as disposições legislativas utilizadas para fundamentar a decisão última.

1.3.2 Limites subjetivos da coisa julgada

Para iniciarmos a discussão acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, é imprescindível analisarmos o disposto na primeira parte do art. 472 do CPC⁶. Verifica-se que a sentença faz coisa julgada apenas às partes que participaram da demanda, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

De acordo com o lecionado por Talamini (2005, p. 96) a regra prevista no art. 472 do CPC, está em conformidade com as garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. O terceiro alheio à demanda estaria impedido ao acesso à justiça caso lhe fosse estendida a coisa julgada. Liebman (1981, p. 56) enfatizou que a imutabilidade da sentença se estendia apenas às partes, pois tiveram oportunidade de expor e deduzir suas razões no processo. A partir desta oportunidade, justificou-se que somente elas deveriam se conformar com o resultado da sentença.

⁶ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Talamini (2005, p. 96) diz ainda que “[...] de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar.”

Apesar desta limitação subjetiva restrita apenas as partes, não podemos deixar de salientar que a sentença é ato jurídico do Estado, portanto, tem legitimidade e deverá ser observado por todos. Neste ínterim, o terceiro alheio à demanda, não é atingido pela coisa julgada, no entanto, está obrigado a respeitá-la. Liebman (1981, p. 141), ensina que pelo fato da sentença emanar do Estado tem eficácia natural perante todos. Talamini (2005, p. 96) neste mesmo sentido leciona que: “Como qualquer outro fato ou ato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente.”

Deste modo, a partir da premissa de que a sentença produz seus efeitos indistintamente, podemos dizer, com auxílio de Talamini (2005, p. 97) que a sentença produz efeitos também sobre terceiros, mas na medida que estes efeitos os tornam legítimos e interessados, nada impede de deduzirem suas razões sem que lhe possa ser oposta a coisa julgada.

Conforme ensinamentos de Chiovenda (2002, p. 500) (grifo do autor) os terceiros alheios à demanda estão obrigados a reconhecer a coisa julgada, no entanto não poderão ser prejudicados. Para o autor, o prejuízo deverá ser jurídico e não de “*mero fato*”. Chiovenda usa o exemplo do herdeiro que sucede as relações jurídicas do autor da herança, o qual não poderá considerar-se prejudicado por sentenças anteriores, de processos que não era sujeito.

Conforme corroborações de Chiovenda (2002, p. 501):

Prejuízo haveria quando a sentença pudesse negar o direito dos terceiros estranhos, como seria possível acontecer no caso em que a relação reconhecida como existente ou inexistente num processo compreendesse como sujeito um terceiro, estranho à lide; ou quando a relação reconhecida como existente entre as partes em causa fosse praticamente incompatível com uma relação da qual terceiros pretendessem ser sujeitos. Em tais hipóteses, a coisa julgada não deve prejudicar os terceiros, ou seja, não pode opor-se aos terceiros com o fim de diminuir sua posição jurídica.

Theodoro Junior (2009, p. 546) segue a mesma linha de entendimento de Chiovenda e diz que o prejuízo não alcançado pela coisa julgada é o referente a uma negação ou restrição de um direito do terceiro, sendo que o simples prejuízo de fato “(caso de diminuição do patrimônio do devedor comum)” é resguardado pela coisa julgada.

1.4 ARGÜICÃO DA COISA JULGADA

Como visto anteriormente, a coisa julgada limita-se objetivamente ao pedido e à causa de pedir e subjetivamente às partes. Deste modo, depois de taxados os limites da coisa julgada, é necessário estipular a forma de que será deduzida em juízo o pleito de tal instituto.

Para isto, iniciaremos com a análise do artigo 301, inciso VI do CPC⁷ o qual ensina que a coisa julgada deverá ser alegada preliminarmente, antes de discutir o mérito. No entanto, esta não é a regra.

Cumprе ressaltar que a coisa julgada é instituto de ordem pública, portanto poderá ser decretada de ofício pelo juiz, bem como a parte, em qualquer tempo e grau de jurisdição poderá argüir a coisa julgada.

Cabe ainda salientar, que mesmos após o trânsito em julgado da sentença que decidiu o mérito, é possível, através de ação rescisória, rechaçar qualquer ofensa a coisa julgada.

1.5 EFEITO POSITIVO E NEGATIVO DA COISA JULGADA

Deste ponto, após analisado o instituto da coisa julgada em seus pontos mais relevantes, cabe agora estabelecer os efeitos produzidos por esse revestimento de indiscutibilidade e imutabilidade atribuído à sentença. Theodoro Junior (2009, p. 531) declara que terminado o processo, a coisa julgada tem uma única função, que é atribuir à sentença “certeza jurídica em torno da relação controvertida [...], vinculando as partes e o juiz.” Assim, a coisa julgada vincula as partes e impede que elas e o juiz recomponham a discussão já resolvida, seja no processo encerrado ou em uma nova ação.

⁷ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] IV - coisa julgada; [...].

A partir deste prisma, a doutrina costuma atribuir à sentença uma função sob dois aspectos, o positivo e o negativo. Theodoro Junior (2009, p. 531) (grifo do autor) explica que a função negativa da coisa julgada consiste na exclusão da possibilidade de “*reproposição*” da ação já decidida. Neste mesmo contexto, Neves (apud THEODORO JUNIOR, 2009, p. 531) (grifo do autor), leciona que a função positiva está ligada a imposição do resultado da sentença às partes, proporcionando ao julgado força de “*norma indiscutível*”, cabendo ao juiz adequar-se a tal pronunciamento.

Volta-se então à disposição do artigo 467 do CPC, que afirma ser a função da coisa julgada tornar a sentença imutável e indiscutível. Theodoro Junior (2009, p. 532) (grifo do autor), afirma que a imutabilidade refere-se ao efeito negativo, o qual proíbe a propositura de “ação idêntica” àquela já decidida. A indiscutibilidade refere-se ao efeito positivo, o qual atribui ao julgado “força *normativa*”. Assim, em qualquer outra ação em que houver a incidência de questão já decidida, deverá ser observada “como premissa indiscutível.”

Assim, abordados e analisados todos os pontos inicialmente propostos, concluiu-se, de pronto, a relevância jurídica do instituto da coisa julgada. Pôde-se perceber que a séculos distantes discutia-se a coisa julgada em sua essência. O Direito romano, comum e canônico, correntes influenciadoras do ordenamento jurídico brasileiro, desvendaram o instituto da coisa julgada em suas particularidades. Alguns conceitos, indispensável para a real análise do instituto *in tela*, como: *trânsito em julgado*, *preclusão* e *tria eadem (tríplice identidade)*, nasceram de pensadores destas correntes. No entanto, foi a doutrina atual a responsável pela conceituação mais concisa e sistematizada acerca do instituto da coisa julgada.

Os autores mais recentes como Liebman, Chiovenda e Silva, estudaram pormenorizado o instituto da coisa julgada, buscando fundamentação e conceituação. Liebman foi o responsável pela crítica ao conceito romano de que coisa julgada é efeito o próprio efeito declaratório da sentença. Daí em diante passou-se a entender que realmente, a coisa julgada não era um efeito, mas sim uma qualidade da sentença que dá aos efeitos caráter de imutabilidade e indiscutibilidade. A partir de então muitos passaram a fazer críticas acerca da conceituação liebmaniana. Alguns afirmam que a coisa julgada é uma qualidade da sentença, no entanto, não recai sobre os efeitos, mas sim sobre o comando sentencial.

Silva, responsável pela conceituação mais coerente e crítico da teoria de Liebman, afirma que a coisa julgada é sim uma qualidade da sentença, no entanto abrange apenas o efeito certificativo, que declara a relação jurídica.

Assim, conceituada coisa julgada, tanto formal quanto material, cabe então, no segundo capítulo, uma análise acerca da ação de investigação de paternidade, mais especificamente em relação aos meios probatórios utilizados. Buscar-se-á uma discussão em torno de princípios e preceitos normativos que elucidem a finalidade da ação de investigação de paternidade, bem como princípios que possam remeter a conclusão de possibilidade de relativização da coisa julgada.

CAPÍTULO II

2 O DNA COMO PROVA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O presente capítulo se dedica a análise da família, mais especificamente da relação paterno-filial, de modo que se abordará inicialmente a sua evolução histórica a partir dos primórdios da Roma antiga, passando pela Idade Média, pelo liberalismo, chegando aos dias atuais.

Dentro desta análise destaca-se a distinção histórica entre filhos legítimos, naturais e espúrios, destacado as questões e peculiaridades acerca de seu reconhecimento no decorrer do tempo.

Feito isto, o estudo se busca a estabelecer a natureza jurídica, a competência, os requisitos, as respostas possíveis do réu e em fim as provas da ação de investigação de paternidade no direito atual brasileiro.

Dentre as provas admitidas, analisar-se-á com mais destreza a prova pericial obtida através do Exame de DNA, estabelecendo questões como a incontestabilidade do laudo obtido e a possibilidade de recusa do réu a realização do referido exame, contrapondo-se ao direito do filho em ver sua paternidade reconhecida,

2.1 A ETIOLOGIA HISTÓRICA DA RELAÇÃO FAMILIAR PATERNO-FILIAL

Inicialmente, ao analisar a paternidade e em consequência as questões atinentes a averiguação e investigação, é de suma importância estabelecer um apanhado acerca da evolução histórica da família e da relação paterno-filial dentro de um contexto geral, para posteriormente adentrar nos aspectos do novo Código Civil.

Não se pode falar no instituto da família sem ao menos pontuar a sua evolução desde os primórdios do império romano. Ensina Souza (2005, p. 17) que “a organização das famílias em Roma, pelo menos no início do império, sempre esteve pautada por um incomensurável sentido religioso.”

Souza (2005, p. 17), leciona que a família era constituída por entes apresentados nos cultos religiosos, os quais por um “laço civil de agnação” cultuavam por um mesmo ancestral. Todas as pessoas pertencentes à família estavam subordinadas ao *pater*, ente detentor do poder, que exercia funções de “sacerdote, chefe e juiz”.

Com o passar dos tempos o império desatou com esta concepção inicial de agnação pelos cultos religiosos, passando a ser, segundo Assumpção (2004, p. 2), uma família calcada na “unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”, onde os entes constituídos e os bens ficavam a mercê da autoridade do *pater*.

A família romana, após o desligamento com a agnação religiosa:

[...] é baseada no domínio do homem, com a finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, e esta paternidade é exigida porque os filhos devem entrar na posse da fortuna paterna por sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, a saber: o triunfo da propriedade individual a compropriedade espontânea primitiva (LÔBO, 1989, p. 64).

Portanto, cabia ao homem o poder sobre a mulher e os filhos, tendo àquela o dever de ser fiel e permanecer no seio do lar. De acordo com corroborações de Nicolau (2006, p. 34) a família tinha como premissa a perpetuação do patrimônio através de casamentos arranjados, sem que se fosse observada a vontade dos futuros cônjuges.

Ademais, desde o império romano, havia desigualdade quanto aos filhos legítimos decorrentes do matrimônio e os ilegítimos (naturais e espúrios). Portanto, para melhor instruir o presente estudo, deve-se inicialmente fazer uma breve distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Beviláqua (*apud* Souza 2006, p. 21) faz a diferenciação dizendo que:

[...] os filhos legítimos eram aqueles que nasciam de relações matrimoniais, sendo cercados de considerações, tanto sociais como também políticas e religiosas, [...]. A ilegitimidade, de outra parte, era característica daqueles que não tinham a sorte de nascer de relação estabelecida pelo casamento, e, nesse caso, poder-se-ia ainda estabelecer uma classificação dentro desta pecha, subdividindo esses filhos em naturais, adulterinos e incestuosos, os dois últimos também conhecidos como espúrios ou bastardos [...].

Menciona Souza (2005, p. 21) que os filhos naturais são aqueles providos de pessoas não casadas, que não tem o menor impedimento de constituir o matrimônio entre si. Seria um filho proveniente de uma relação entre pessoas solteiras. Os adulterinos, ao contrário dos naturais, são os filhos frutos de relações extraconjugais. Ainda na classificação dos filhos espúrios, temos os incestuosos, provenientes de relações entre pessoas com grau de parentesco cuja filiação se reprova.

Feita a distinção, resta continuar a exposição acerca da evolução da família e da relação pai e filho. Ainda em Roma, com o império de Justiniano, os filhos naturais obtiveram maiores condições para verem efetivados seus direitos sucessórios. No entanto, as relações ilegítimas constituídas ao redor da esfera matrimonial continuaram a ser reprovadas, ao passo que os filhos ilegítimos não tinham os mesmos direitos que os filhos legítimos.

Segundo ensinamentos de Souza (2006, p. 21), já no século XIX, principalmente em ordenamentos com fortes tendências romanas, ainda visualiza-se uma classificação desigual em filhos legítimos e ilegítimos.

Pereira (*apud* SOUZA, 2006, p. 22) coaduna lecionando que “Já dizia Napoleão que a sorte dos bastardos não interessava ao Estado”. Souza (2006, p. 22) mostra que tal discurso estava totalmente inserido no Código Francês de 1804, no art. 304, onde não era permitida a investigação de paternidade e o reconhecimento de filhos espúrios. No entanto permitia-se o reconhecimento do filho natural, os quais tinham asseguradas a utilização do nome do pai e a sucessão, de modo que se sobrepuja aos filhos adulterinos e incestuosos.

Incrementa Souza (2006, p. 23) lecionando que:

[...] o Código italiano de 1865, vedava a perquirição da paternidade, deferindo, contudo, o reconhecimento voluntário somente aos filhos naturais, tal qual a codificação francesa o fazia. O reconhecimento concedia ao filho a possibilidade de utilizar o nome paterno, bem como instalava o dever alimentar recíproco.

Por sua vez o direito português, conforme menciona Souza (2006, p. 23), seguiu a mesma linha de pensamento dos franceses e dos italianos. O seu código de 1867 permitiu o reconhecimento forçado através da investigação de paternidade, estabelecendo situações hipotéticas em que a demanda seria aceita. Novamente o reconhecimento era permitido apenas aos filhos naturais, sendo que os filhos espúrios passaram a ter direito aos alimentos, caso comprovada a paternidade em processo cível ou criminal entre pais em face de outras partes, ou no caso de rapto ou estupro.

Cumprе salientar a importância desta explanação geral acerca do direito português, tendo em vista o contexto da colonização brasileira e as fortes raízes aqui encravadas pelos portugueses.

Assumpção (2004, p. 7) afirma que por mais que a independência do Brasil, em 1822, tornou o país um estado soberano, no contexto jurídico ainda estava intrínseco os ditames legais portugueses. Em 1823, a legislação portuguesa, com as Ordenações Filipinas, continuou vigendo até que fosse constituído um Código próprio, o qual só veio a se concretizar em 1916, quando houve efetiva previsão legal e “existência jurídica”.

2.1.1. Ordenações Filipinas

Por ser o Brasil uma colônia portuguesa, estavam os brasileiros vinculados as *Ordenações Filipinas*, as quais vigiam na época da independência. Segundo menciona Cruz (2001, p. 17), esta legislação, decretada em 11 de janeiro de 1603 e ratificada em 29 de

janeiro de 1643, regulava as relações privadas, instituindo direitos e deveres referentes a bens e pessoas.

Gomes (apud CRUZ, 2001, p. 17) leciona que após a independência em 1822, por autorização da Lei de 20 de outubro de 1823, continuou no Brasil a vigência das Ordenações Filipinas, bem como “leis, regulamentos, alvarás, decretos e resoluções, promulgados pelos Reis de Portugal” até a data de 25 de abril de 1821.

Corroborando Cruz (2001, p. 18) dizendo que as Ordenações filipinas traziam em seu bojo claras distinções entre filhos ilegítimos de nobres e plebeus. Aos filhos dos plebeus havidos de pais sem qualquer impedimento ou parentescos, era assegurado suceder na herança, ressalvada a terça parte, a qual poderia ser disposta pelo pai como bem quisesse.

Quanto aos filhos ilegítimos dos nobres aqueles não teriam igual tratamento. A propósito, disciplinava o Livro IV, Título 92, que: ‘Se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre elas parentesco ou impedimento que não possam ambos casar, havendo de cada huma d’ellas (sic) filhos, os taes filhos são havidos por naturaes. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os filhos legítimos, se os o pai tiver. E não havendo filhos legítimos, herdarão os naturaes todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se a o pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver.’ (CRUZ, 2001, p. 18)

Coaduna Pereira (1987, p. 198) ensinando que aos filhos naturais, no entanto, eram assegurados direitos aos alimentos através de investigação de paternidade, não havendo proibição legal que os impedissem de serem herdeiros testamentários.

Quanto aos filhos espúrios, leciona Gomes e Carneiro (apud CRUZ, 2011, p. 19), tinham direito de haver o reconhecimento da paternidade, com ampla possibilidade probatória, mas apenas para fins de alimentos. Assim como os filhos naturais, os espúrios podiam ser incluídos como herdeiros testamentários.

A constituição de 25 de março de 1824, segundo Cruz (2001, p. 19), decretou em seu art. 179, n. 12 a igualdade de todos perante a lei, evidenciando seu caráter liberal. Porém, alguns estudiosos contestavam o princípio da igualdade instituído pela constituição do império, pois ainda havia visível desigualdade legislativa em entre filhos de nobres e plebeus quando a matéria era sucessão. Para extinguir qualquer receio quanto a desigualdade legislativa nobres/plebeus, instituiu-se “a lei 463 de 2 de Setembro de 1847, com o seguinte teor: ‘Art. 1.º Aos filhos naturais dos nobres, ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord., Liv. IV, tít. 92, competem aos filhos naturais de plebeus.’” Apesar

destas questões igualitárias, foi a partir do Código Civil de 1916 que se concretizou a busca pela igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

2.1.2. Código Civil de 1917

O Código Civil (lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916) começou a vigor apenas em 01.01.1917. Segundo leciona Cruz (2001, p. 22), o primeiro projeto do referido Código, trazia em seu contexto que, no ato de reconhecimento dos filhos espúrios, não se mencionaria de que forma se deu a paternidade, se esta se originasse de uma relação reprovada.

Beviláqua (apud Cruz, 2001, p. 22), de maneira precedente ao Código Civil de 1917, ensinou que “o injusto preconceito com que alguns Códigos modernos, imbuídos de prejuízos átonos da equidade e da lógica, estigmatizam os bastardos, apoucando-lhes a estimação civil.” (sic)

Nota-se que se inicia uma caminhada na busca pela igualdade de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos. No entanto, apesar desta concepção de Beviláqua e dos dizeres do projeto, o Código de 1917, segundo Cruz (2001, p.23), proibiu o reconhecimento voluntário e judicial dos filhos espúrios.

Porém, o art. 363 do meso Código veio a permitir a ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra pais ou seus herdeiros que não coubessem nas disposições do art. 183, ns. I a IV, o que vale dizer que o aludido Código não concebeu faculdade aos espúrios a paternidade, mais precisamente aos de pessoas impedidas de se casarem, pelos impedimentos consignados no referido artigo (CRUZ, 2001, p. 24).

Deste modo, aos filhos incestuosos e adulterinos não eram garantidos os mesmos direitos que aos filhos legítimos e aos naturais, pouco avançando na desmistificação destas nomenclaturas.

2.1.3 Constituições de 1934 e 1937

Apesar de algumas inovações, as constituições de 1934 e 1937 nada trouxeram de novo ao reconhecimento do filho espúrio. O que surgiu foram novas discussões acerca do assunto, mas efetivamente nada mudou.

Cruz (2001, p. 24) ensina que as inovações estão relacionadas com o reconhecimento da igualdade entre filhos naturais e filhos legítimos, por força do art. 126 da constituição de 1937, o qual tinha a seguinte redação “Aos filhos naturais, facilitando-lhe, o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.”

A discussão pairou, segundo demonstra Cruz (2001, p. 24), na revogação ou não dos artigos 358 e 363 do Código Civil de 1917, haja vista que para alguns juristas progressistas as disposições do artigo 126 da constituição de 1937 não abrangiam apenas os filhos naturais *strictu sensu*, mas todos os filhos ilegítimos. Do outro lado, juristas afirmavam que não se poderia fazer esta interpretação extensiva, pois aos filhos espúrios não era garantido o reconhecimento, sendo então impossível facilitar algo que a lei prevê como proibido.

Estas discussões foram importantes no amadurecimento de algumas idéias dignificadoras da pessoa humana, no entanto as constituições de 1934 e 1937 não inovaram quanto ao reconhecimento dos filhos espúrios.

2.1.4. Decreto Lei 4.737 de setembro de 1942

Pouco antes do advento da lei. 4.737/42, segundo Cruz (2001, p. 27), a discussão e as divergências sobrevoavam acerca do filho do cônjuge desquitado, se ele era adúltero ou

natural. Havia na época duas correntes, os liberais e os conservadores. Os liberalistas argumentavam no sentido de que os filhos dos desquitados eram naturais, haja vista que o desquite cessava o matrimônio e a obrigação de fidelidade entre os cônjuges, sendo que os conservadores pensavam às avessas. Neste sentido liberal, Marcondes Filho (*apud* CRUZ, 2001, p 28), em 1941, na explanação de seus motivos, fundamentou a aprovação do Decreto Lei n. 4.737/42, afirmando que “atendendo à lei e ao pensamento do legislador, a jurisprudência passou a considerar simplesmente naturais os filhos de cônjuges desquitados, exigindo, porém, que tais filhos tenham sido concebidos após o desquite [...]”

Neste ínterim, o Decreto Lei 4.737/42, em seu art. 1º dispôs que “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação.” Apesar desta disposição, ensina Cruz (2001, p. 28), ainda pairavam dúvidas. Apenas o desquite autorizava o reconhecimento do filho, ou nos casos de anulação do casamento e a morte do cônjuge também seria possível o reconhecimento. Neste prisma, após divergências e longas discussões, em 1949, decretou-se a lei n. 883, a qual dispôs acerca do reconhecimento do filho ilegítimo.

2.1.5. Lei n. 883 de 21 de outubro de 1949

Como se pôde perceber, a lei e o pensamento jurídico tomavam forma liberal, no sentido de reconhecimento dos filhos ilegítimos. A lei n. 883/49, foi importante instrumento de equalização igualitária entre filhos legítimos e ilegítimos. Na vigência da lei, os filhos havidos fora da relação matrimonial, após o desquite, poderiam ter sua filiação reconhecida de forma voluntária ou forçada. Ademais, aos filhos adulterinos, eram assegurados direitos sucessórios, bem como, o direito de intentar ação de investigação de paternidade com alimentos provisionais.

2.1.6 Constituição Federal de 1988

A constituição Federal de 1988 foi um importante marco no direito brasileiro, tendo como premissa maior a dignidade da pessoa humana, a qual fora prevista no art. 1º, III. Com o advento desta constituição, passamos a não mais absorver a discriminação e a desigualdade, de modo que, os vários ramos do Direito obrigaram-se a passar por momentos de reflexões, no intuito de se adequarem as novas normas constitucionais.

Menciona Souza (2005, p. 37): o Direito de Família passou por grandes transformações, principalmente no que concerne ao instituto da filiação. Viu-se necessário uma nova interpretação de todo sistema normativo para fins de adaptação com a nova realidade normativa constitucional.

Souza (2005, p. 37) corrobora dizendo que, com a constituição de 1988, a pessoa humana integra outro patamar, muito acima do conceito dado pelo Código de 1916, o qual tinha uma definição técnica que apenas atribuía à pessoa, capacidade civil.

Ressalta Cruz (2001, p. 35) que houve vários avanços com o advento da constituição, a qual “incorporou” a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos. Com o liberalismo constitucional, o homem e a mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres frente ao matrimônio, sendo a família a base da sociedade. Em relação aos filhos, decaíram todos os preconceitos e distinções na medida em que foi vedada a designação discriminatória quanto à filiação. Ademais, desligou-se do conceito que privilegiava o matrimônio, consagrando-se a união efetiva.

Neste sentido, Nicolau Junior (2006, p. 106), assevera:

O estudo da família processa-se atualmente sob o signo da perplexidade, ante as surpreendentes transformações por que tem passado a estrutura familiar na contemporaneidade. De instituição assentada em valores tradicionais e conservadores, hoje é influenciada pela revolução sexual, pelo questionamento dos papéis do homem e da mulher em sociedade, pela desvinculação do ato sexual da função de procriar, pelos avanços tecnológicos que propiciam o prolongamento da vida humana e, principalmente, pelo avanço substancial da tutela das prerrogativas inerentes ao próprio ser humano no plano mundial e pela valorização da individualidade existencial que pretende caracterizá-la como ninho acolher de todas as horas.

O homem é um ser em constante evolução e amadurecimento, de modo que a sua individualização da pessoa propicia direito à personalidade, o qual é precursor dos demais direitos. Intrínseco ao direito à personalidade tem o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, não poderá ser conceituado de forma universal por ser extremamente ligado à cultura regional (Nicolau Júnior, 2006, p. 107-109). Desta maneira, qualquer definição estaria fadada às questões “momentâneas e geográficas.”

Por este prisma, deve-se entender a constituição como um reflexo cultural nacional, ligado às necessidades regionais, de maneira que o princípio da dignidade humana seja sobre valente e direcionador de qualquer outro. Ensina Nicolau Júnior (2006, p. 110) que a constituição “[...] ao incluir o direito à dignidade humana entre os direitos fundamentais, subordinou e condicionou todo o restante das normas legais [...]”. Não foi diferente com o Direito de família, o qual, segundo Souza (2005, p. 42), tem como elemento fundador a dignidade da pessoa humana, que elege o bem-estar como “objetivo máximo do Estado”.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, Barroso (2001, p. 31) ensina que:

O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade [...]. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Corroborar Barcellos (2002, p. 258) dizendo que a educação, a saúde, a assistência aos menos favorecidos e o acesso à Justiça, são elementos essenciais para a análise do conceito de dignidade humana.

Em outro sentido, Azevedo (apud, SOUZA, 2005, p. 44) afirma que a dignidade da pessoa humana está na “capacidade de reconhecer-se no outro, dialogar, amar e entregar-se espiritualmente.”, bem como na idéia de resguardar a vida, a liberdade e a igualdade, ressaltando a inviolabilidade da integridade física e psíquica do indivíduo, o qual é ser racional e auto determinável.

Assevera Souza (2005, p. 45) que existe uma variedade de posições acerca do princípio da dignidade humana, de modo que, ora se atribui aspectos relacionados a necessidades essenciais que devem ser garantidas pelo estado, ora se aprofunda atribuindo

garantias ligadas ao bem estar da pessoa humana. O que resta claro é que não se pode relacionar a dignidade humana, à proteção pelo estado, do mínimo necessário. Tal princípio não pode ficar atrelado apenas às prestações públicas, sendo de suma importância a incorporação de uma visão liberal que efetive a felicidade do indivíduo.

2.1.7. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)

Como já mencionado, a constituição de 1988 traz como elemento base a dignidade da pessoa humana, sendo a família, elemento fundamental na proteção efetiva das crianças e adolescentes.

Ademais, visando dar maior efetividade a esta proteção, instituiu-se o Estatuto da criança e do adolescente que, segundo Cruz (2001, p. 37) é fundado na premissa do princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, os quais levam a crer que o Estado, a sociedade, a família, tem o dever de propiciar a estes entes indivíduos “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Neste prisma, prevê o art. 27, 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.”

Deste modo, fica claro o empenho do legislador em disseminar a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, exaltando o reconhecimento da paternidade como necessário ao exercício regular da dignidade humana.

2.2. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Após explanação acerca do contexto histórico e da evolução da relação familiar, mais especificamente da relação paterno filial, resta estabelecer os mecanismos de reconhecimento desta filiação, marco essencial para o desenvolvimento digno do ser humano.

Cumprindo inicialmente mencionar o lecionado por Cruz (2001, p. 73), o qual afirma a existência de duas possibilidades de estabelecimento da filiação, o reconhecimento voluntário e o reconhecimento judicial, este último, será debatido no presente estudo.

Pontes de Miranda (apud CRUZ, 2001, p. 73) ensina que “O reconhecimento judiciário, ou forçado, é o que resulta da sentença na ação que os ilegítimos têm contra os pais, ou contra os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.”

Tendo sido derrubada a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e por tudo o que já foi dito, temos que a conceituação de Pontes de Miranda restou ultrapassada. Um conceito esclarecedor e dinâmico é de Dayrell (1983, p. 91): “O reconhecimento judicial, forçado, ou coativo é, pois, o que decorre da sentença proferida em ação de investigação, na qual se declara que o autor é filho do investigado.”

A partir desta concepção, o presente estudo irá estabelecer os fundamentos, a natureza jurídica, os efeitos, os procedimentos, a legitimidade, a competência e os meios de provas inerentes a Ação de Investigação de paternidade (reconhecimento forçado, judicial).

2.2.1. Natureza Jurídica da investigação de paternidade

A investigação de paternidade é uma ação de estado que visa segundo Cruz (2001, p. 74), à resolução de controvérsia acerca do *status personae*. Este estado, na conceituação de Bevilacqua (*apud* SIMAS FILHO, 2002, p. 67), é a “posição jurídica da pessoa, no seio da coletividade.” O autor ainda menciona que existe uma divisão em três espécies, o Estado Individual, o Estado Político e o Estado Familiar. Este último será o escopo do presente estudo, mais especificamente no que tange ao parentesco por consaguinidade.

A ação de investigação de paternidade é uma ação declaratória, cuja sentença declara o estado de filiação. Leciona Simas Filho (2002, p. 68), que esta ação tem por finalidade a obtenção de declaração judicial de que A é filho de B.

Coaduna Cruz (2001, p. 75) lecionando que:

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

Deste modo, qualquer afirmação de que o efeito da sentença da ação de investigação de paternidade é constitutivo não merece respaldo, pois evidente seu efeito declaratório.

2.2.2. Fundamentos e legitimidade

A ação de investigação de paternidade fundamenta-se pela Lei n. 8.560/92 e pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja legitimidade passiva encontra-se expressa: “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.”

Ademais, o Código Civil de 2002 em seu art. 1.606, esclarece a legitimidade ativa dispondo que “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.” O parágrafo único do referido artigo ainda menciona que “Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.”

Deste ponto, ensina Simas Filho (2002, p. 69), pode-se dizer que o pretense filho é a única pessoa que pode propor a ação de investigação de paternidade. Se este não o fizer durante a vida, seus herdeiros não poderão promovê-la, ressalvados os casos em que o pretense filho era menor ou incapaz. Assim, conclui-se que na ação de investigação de paternidade figura no pólo ativo o filho e no pólo passivo o pai, e, se falecido, os herdeiros.

Conforme explanações de Cruz (2001, p. 98) o Ministério Público tem legitimidade extraordinária e poderá figurar no pólo ativo como substituto processual do pretense filho, é o que dispõem os artigos 2º, § 4º, da Lei 8.560/92 e 6º do Código de Processo Civil.

Cruz (2001, p. 91) corrobora dizendo que, para o autor propor a ação de investigação de paternidade, além de estar revestido de legitimidade, terá que preencher o requisito do interesse de agir, bem como seu pedido deve ser possível juridicamente. A possibilidade jurídica está no amparo legal do pedido no direito vigente. O interesse de agir, por outro lado, está “[...] representado pela necessidade e a utilidade do processo, como remédio apto à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, ou seja, o autor se vale do processo como meio adequado para a solução de uma pretensão resistida.”

Estabelecida a legitimidade, resta, portanto, relacionar o foro competente para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade, bem como a possibilidade de cumulação de pedidos.

2.2.3. Foro competente e cumulação de pedido

A competência para a ação de investigação de paternidade segue a regra do art. 94. Oliveira Filho (1999, p. 171) ressalta que: “A ação de investigação de paternidade, fundada que é em direito pessoal, deverá ser proposta em obediência à regra do art. 94 do CPC, no foro do domicílio do réu”.

No caso do pedido da ação de investigação de paternidade estar cumulada com alimentos, a regra para a propositura da ação também é a do domicílio do réu, conforme disposição do art. 100, II, do CPC. O Superior Tribunal de Justiça sumulou neste sentido: “Súmula 01. O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.”

Por este prisma, analisando o art. 292 do CPC, tem-se que é possível a cumulação da ação de investigação de paternidade com outros pedidos como, alimentos, cancelamento de registro, petição de herança etc. Cruz (2001, p. 115) ensina que:

[...] cumulação de pedido nada mais é do que a reunião em uma só ação de vários outros pedidos contra o mesmo réu, pois cada um deles autorizaria uma ação independente, como por exemplo, o ajuizamento de ação de investigação de paternidade e a ação de alimentos. Eis que cada uma dessas ações encerra um pedido substancial que por si só ensejaria uma ação em seu todo.

Deste modo, são requisitos de admissibilidade, que os pedidos cumulados sejam compatíveis entre si, que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo, bem como que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento, no entanto, quando, para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, o autor poderá deverá propor a ação pelo rito ordinário.

Cumprindo ainda salientar, que o art. 155, inc. II, redação dada pela lei n. 6.515/77, prevê ainda que a ação de investigação de paternidade, a qual diz respeito à filiação, tramitará em segredo de justiça.

2.2.4. Requisitos da ação de investigação de paternidade

Estabelecida a legitimidade ativa e passiva, bem como o foro competente para propositura da ação de investigação de paternidade, resta demonstrar dois requisitos essenciais de admissibilidade, que segundo Simas Filho (2002, p. 76) são a prova da maternidade e a inexistência de paternidade legal estabelecida. Acerca do primeiro requisito existem divergências doutrinárias, no que tange a necessidade ou não da prova a maternidade.

Leciona Cruz (2002, p. 76) que “Tal requisito se nos afigura indispensável, pois não se pode pretender provar concubinato, rapto, ou relações sexuais, sem saber com que pessoa manteve, o suposto pai, o colóquio amoroso.” Por outro lado, Bevilacqua (apud SIMAS FILHO, 2002, p. 77), afirma desnecessária a prova da maternidade por ser esta determinada “pela simples notoriedade”.

Quanto ao segundo requisito, referente à inexistência de outra paternidade legalmente estabelecida. Leciona Cruz (2002, p. 78) que para o filho propor a ação de investigação de paternidade é essencial que não haja declaração de paternidade ou reconhecimento prévio. Caso contrário, segundo art. 1604 do CC, é necessário provar a falsidade deste reconhecimento para propor nova demanda.

2.2.5. Resposta do réu

A ação de investigação de paternidade segue o rito ordinário, mesmo se cumulada com outros pedidos. Simas Filho (2002, p. 79) leciona que o réu tem inúmeras possibilidades de defesa e se não responder a ação, correrá a revelia, no entanto não sofrerá a pena de confesso por ser a filiação um direito indisponível, é o que também dispõe o art. 320, inc. II do CPC.

O réu, por ser a ação de investigação de paternidade pelo rito ordinário, terá 15 (quinze dias) para, em petição escrita, dirigida ao juiz competente, apresentar a resposta em forma de contestação, reconvenção ou exceção. O art. 300 do CPC dispõe que “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando provas que pretende produzir”.

Cruz (2001, p. 125) corrobora dizendo que de forma preliminar o réu deverá, antes de contestar os fatos, alegar o disposto no art. 301 do CPC, ou seja, deverá alegar a inexistência ou nulidade da citação, incompetência do juízo, inépcia da petição inicial, coisa julgada, e as demais matérias lá mencionadas.

Ensina Cruz (2001, p. 126) que, após as alegações acima mencionadas, caberá ao réu demonstrar que “a) ao tempo da concepção do investigante não estava concubinado com sua genitora; b) a concepção do investigante não coincidiu com o rapto ou relações com sua genitora; (...)”.

Simas Filho (2002, p. 80) também no intuito de especificar as matérias possíveis de alegação em contestação, ressalta que:

A investigação de paternidade enseja determinadas “defesas particulares” que são as seguintes: a exceção de múltiplo concubinato (*exceptio plurium concubentium*); a alegação de má conduta notória da mãe do investigante; a demonstração de impossibilidade física de ser pai o investigado; e, recentemente, a recusa à submissão à perícia genética pelo DNA.

Após este apanhado geral acerca das formas e possibilidades de resposta e alegações do réu na ação de investigação de paternidade, resta, portanto, estabelecer os meios probatórios admitidos por lei para demonstração da filiação.

2.2.6. Das provas

Pode-se dizer que a prova está interligada com a busca da verdade, bem como na verdade em si. Ensina Laurent (apud SIMAS FILHO, 2002, p. 91) que prova é “a demonstração da verdade de um fato ou também o mesmo meio que as partes empregam para demonstrar o fato discutido”. Mittermayer (apud SIMAS FILHO, 2002, p. 91) tem a prova como a “soma dos meios produtores da certeza.”

Relevante é conceito de Teixeira Filho (apud SIMAS FILHO, 2002, p. 91) que diz ser a prova “a demonstração, segundo as normas legais e específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo”.

A partir destas concepções tem-se que a ação de investigação de paternidade admite uma vasta gama de meios probatórios, desde que moralmente legítimos e contemplados pela lei. Estão entre este rol de provas, a documental, testemunhal, pericial, técnicas, confissão, presunções, indícios e as científicas. Dentre as provas científicas temos o exame de DNA, o qual será a seguir debatido, excluindo-se a análise das demais pela especificidade do presente estudo.

2.2.6.1. Exame de DNA

O DNA (ácido desoxirribonucléico) é uma das descobertas mais revolucionárias da ciência moderna. É o meio mais eficaz e seguro na busca da verdade acerca da paternidade.

Raskin (1998, p. 21) afirma que antes do exame de DNA, não havia meio que pudesse garantir a certeza da filiação biológica. Com a utilização destas técnicas de análise do DNA, passou-se então, não apenas excluir aqueles que não eram pais, mas sim declarar com certeza

que A é filho de B, mesmo que B já tenha falecido. A única exceção é o caso dos gêmeos univitelinos, os quais, até onde se tem conhecimento, possuem DNA igual.

Ressalva Salzano (apud SIMAS FILHO, 2002, p. 182) que:

Tudo o que somos, a nossa aparência, os traços da personalidade, a maneira como reagimos nas relações com o mundo físico e outros seres, diferentes ou semelhantes, é o resultado de uma complexa interação, a nível molecular, celular e de organismo, entre o material biológico que herdamos de nossos genitores e o meio ambiente.

Com a técnica de P.C.R (Reação em Cadeia pela Polimerase) na análise do DNA, basta uma quantidade pequena de sangue, tecidos humanos, traços de sêmen ou raízes de fios de cabelos para traçar o DNA de uma pessoa, tanto em vida como após a morte (RASKIN, 1998, p. 22).

O uso da técnica de P.C.R em DNA, estão destinadas a investigação de paternidade e maternidade, havendo possibilidade, mesmo que o pretenso pai ou mãe seja falecido, de estabelecer padrão genético através de tecido dos parentes próximos. “A amostra de sangue dos irmãos e/ou pais biológicos do falecido pode facilitar uma identificação com a mesma precisão caso o indivíduo estivesse vivo” (RASKIN, 1998, p. 23).

Na investigação de paternidade, através das técnicas de P.C.R, identificam-se marcadores genéticos existentes no sangue da mãe, do filho e do pretenso pai e após é feita a comparação e determinação da relação genética destes indivíduos (RASKIN, p. 1998, p. 27).

Isto ocorre, tendo em vista que, conforme ressaltado por Simas Filho (2002, p. 184), “o ser humano, em sua constituição celular, possui cromossomos que ocorrem aos pares, sendo um de origem paterna e outro, materna [...]”.

Simas Filho (2002, p. 184) leciona ainda que:

Na formação das células sexuais ou reprodutivas, ocorrem duas divisões celulares, com apenas uma divisão cromossômica. As quatro células que se formam a partir da original, apresentam, então, apenas a metade do número de cromossomos, isto é, 23 (vinte e três), sendo um cromossomo representante de cada par, e por essa razão, tais células são denominadas de “haplóides” (N). No homem, essas células são os espermatozoides, e na mulher, os óvulos. A fusão das duas – espermatozoide e óvulo – forma o zigoto (célula – ovo) que reconstitui o número diplóide, característico da espécie humana.

Estes cromossomos são compostos de fibras de proteína, chamadas cromatinas, as quais estão situadas no interior das células do organismo, mais especificamente no núcleo. Os

cromossomos são longos filamentos fibrosos de DNA, “de inúmeras variedades químicas, sendo que cada porção diferente denomina-se ‘gen’, a unidade de hereditariedade biológica” (SIMAS FILHO, 2002, p. 182).

Como dito, os cromossomos encontram-se no núcleo das células, formando uma rede, a qual, através de técnicas laboratoriais pode ser alinhada, desembaraçando os cromossomos em pares. “A preparação laboratorial dos 23 pares de cromossomos humanos denomina-se ‘cariótipo’ [...]” (SIMAS FILHO, 2002, p. 183).

Com os avanços das técnicas de análise de DNA, observou-se a existência de “bandas”, as quais apareciam diversamente com a utilização de corantes. “As bandas cromossômicas mostram diferenças entre as pessoas, quanto à sua largura, intensidade de coloração e posição, diferenças essas, transmitidas hereditariamente, de pai para filho [...]” (SIMAS FILHO, 2002, p. 184).

Apesar do exposto, o que de fato tem relevância para presente estudo é afirmação da certeza, da verdade absoluta produzida pelo exame de DNA e os reflexos causados. Esta questão, e alguns outros pontos, encontram-se incontroversos na doutrina e na jurisprudência.

Preceitua o art. 436 do CPC que: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”. A partir de então, temos que o laudo pericial, segundo a legislação, não deve ser considerado prova incontestável, haja vista o livre conhecimento probatório do magistrado.

Coaduna Chamelete Neto (2002, p. 91) lecionado ser um tanto quanto errôneo diminuir a ação investigatória de paternidade à utilização de apenas um meio probatório. Por ter o exame de DNA uma margem de incerteza, não pode ele ser considerado prova absoluta, pois em juízo deve-se buscar sempre a certeza. Ainda nesta mesma linha, Viana (1998, p. 30), afirma que: “o exame pelo método de DNA é outro recurso colocado à disposição da justiça, mas não é absoluto”.

Por outro prisma, segue a doutrina e a jurisprudência atribuindo ao exame de DNA caráter incontestável e absoluto, levando ao falecimento as demais provas admitidas em juízo, ou melhor, reduzindo-lhes sua relevância jurídica.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já decidiu neste sentido, ao atribuir ao exame de DNA caráter de prova absoluta, na medida em que se mostra desnecessária a prova testemunhal, por mais robusta que ela seja.⁸

O tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, neste mesmo sentido, atribui uma importância quase que indiscutível ao exame de DNA nas Ações de Investigação de Paternidade. Inúmeros Acórdãos pronunciaram-se no sentido de que, caso as provas contidas na instrução forem fragilizadas, a busca da verdade real só poderá ser efetivada com a realização do exame pericial de DNA⁹.

Quanto ao entendimento doutrinário, muitos são os autores que acreditam ser o DNA uma prova absoluta. Madaleno (*apud* CHARMELETE NETO, p. 88), por exemplo, ensina que a referida perícia:

[...] tornou-se para o consenso jurídico uma nova tão clara e conclusiva prova, que sequer aceitam os Juizes progredir na instrução tradicional de uma ação de investigação de paternidade sem antes promover todos os esforços dirigidos para a efetivação da perícia genética.

Para Simas Filho (1998, p.141) e Leite (1999, p. 220), o exame de DNA pode, sem nenhuma possibilidade de erro, desvendar a paternidade de um indivíduo. Coaduna com este entendimento Raskin (1999, p. 08), quando afirma ser o DNA o mais eficiente meio probatório para decretação de uma paternidade incontroversa.

Vai mais além Ayush Amar e Morad Amar (1991, p. 17), dizendo que após o advento do exame de DNA, as provas existentes até então não tem o porquê continuarem a ser

⁸ Investigação de paternidade *post mortem*. Citação. Cônjuges da herdeira. Exame genético de DNA. Valor probante. Em se tratando de ação de natureza pessoal, ainda que com reflexos patrimoniais, desnecessária a citação dos cônjuges das herdeiras. O resultado do exame genético – DNA é prova incontestável, pelo que mostra desnecessária a produção de prova testemunhal que, por mais robusta que se apresente, não terá o condão de inibir o valor probante do exame científico realizado. Recurso improvido. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 4887198. Terceira Câmara Cível. Decisão unânime. Relator: Desembargador Ribeiro de Souza. Julgado em 24.08.1998. Internet: www.tjdf.gov.br

⁹Investigação de paternidade. Exame pelo método do DNA. Prova testemunhal. Fragilidade. Necessidade de busca da verdade real. Conversão do julgamento em diligência. Em sede de investigação de paternidade, que trata de direito indisponível e personalíssimo do autor, mostrando-se a prova insegura, impõem-se a conversão do julgamento em diligência para a realização do exame sanguíneo pelo método do DNA. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Civil n. 99.003378-3. Primeira Câmara Civil. Decisão Unânime. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio. Julgado em 12.08.1999. Internet: www.tj.sc.gov.br).

utilizadas. Afirmam ainda que “[...] a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA”.

O que se denota é a existência de duas correntes doutrinárias bem definidas, uma delas afirma que o exame de DNA não é prova absoluta, tendo o magistrado que utilizar-se dos demais meios probatórios admitidos em lei para decretar a paternidade. Por outra vertente seguem aqueles que afirmar ser o exame de DNA prova incontestável, revestida por uma certeza absoluta ao ponto de reduzir ao mínimo a relevância jurídica dos demais meios probatórios.

Feita estas considerações, deve-se levar em conta a hipótese de recusa do pai em ceder o material utilizado para análise do DNA. Em matéria constitucional, temos que, pelo o art. 5º, inciso II, ninguém será obrigado a fazer algo se não em virtude lei.

Desta feita, tendo em vista a inexistência de norma que obrigue coercivamente o réu a realização do exame, conclui-se ilegal a condução do mesmo sem seu consentimento. Tem-se ainda o princípio da inviolabilidade física, previsto no art. 5º, X da CF, o qual, de acordo com Chamelete Neto (2002, p. 106) impede a retirada de sangue ou qualquer outra matéria corporal sem o consentimento do investigado.¹⁰ Não se pode deixar de mencionar o princípio previsto no inciso LXIII do art. 5º da CF, o qual desobriga a produção de prova contra si mesmo.

Em contrapartida à possibilidade de recusa do réu em realizar o exame de DNA, tem-se o direito do filho a ver sua paternidade reconhecida. Souza (2005, p. 112) por sua vez ensina que:

¹⁰ "Investigação de paternidade. Exame *DNA*. Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame *DNA*. A recusa resolve-se no plano jurídicoinstrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos."¹⁰ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC-71373 / RS. Relator: Min. Francisco Rezek. Redator. Acórdão Min. Marco Aurelio. Data de julgamento: 10.11.1994. DJ de 22.11.1996, p.45686).

Conforme os critérios que informam a regra da proporcionalidade, a condução ao exame seria uma medida adequada, porquanto hábil a realizar o objetivo maior perseguido pelo investigante, qual seja, a descoberta da paternidade biológica; além disso, seria também uma conduta necessária para o alcance da verdade sobre a filiação; e, finalmente, quanto ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se afirmar que seu entendimento estaria amparado no fato de que é incontestável o benefício advindo da coerção, visto que ao reconhecido seriam conferidos todos os direitos pertinentes aos filhos, sendo o valor intrínseco de tal efeito infinitamente maior que o prejuízo causado ao direito do investigado, restrito a suportar, no máximo, uma conduta invasiva de pequenas proporções.

Nota-se a existência de duas correntes doutrinárias diversas, ao passo que uma delas questiona a obrigatoriedade da realização do exame de DNA pelo réu alegando ofensa ao princípio da legalidade e inviolabilidade física, e a outra, entende ser os direitos referentes à filiação proporcionalmente mais relevantes, motivo pelo qual considera legal a condução coerciva do réu para realização do exame.

Denota-se, pelo exposto, a importância atribuída à prova pericial do exame de DNA, haja vista os entendimentos aqui expostos, tendo tal prova valor imensurável na busca pela verdade real dos fatos.

A partir desta concepção de prova absoluta e de instrumento de busca da verdade real atribuída ao exame DNA, resta, portanto, analisar a possibilidade de relativização da coisa julgada, nos casos em que o exame não foi utilizado com meio de prova no processo investigatório, ou melhor, quando as provas lá contidas são munidas de fragilidade.

CAPÍTULO III

3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O presente capítulo versará acerca da relativização da coisa julgada, procurando estabelecer os pontos principais, bem como os princípios inerentes a tal instituto, de modo a estabelecer um conceito de segurança jurídica e desvendar de que forma que ela realmente se efetiva.

Para tanto, inicia-se pela definição de segurança jurídica contrapondo duas questões, a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença transitada em julgado e de outro lado a realidade e justiça.

Para chegar ao fim a que se destina, este capítulo disporá o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da justiça, trazendo entendimentos doutrinários favoráveis e contrários à relativização da coisa julgada.

3.1 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

Por tudo o que já foi mencionado no primeiro capítulo deste estudo, pode-se dizer que a coisa julgada é a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença transitada em julgado. A partir desta concepção deve-se dizer que tal instituto, assim como a irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, são a base sólida da segurança jurídica das relações sociais.

É muito próxima a relação entre coisa julgada e segurança jurídica, de modo que estes institutos estão intimamente ligados e encontram-se previstos na Constituição Federal, juntamente com os demais princípios e valores lá contidos. Deste modo, deve a Constituição ser analisada como um todo harmônico e sistemático de valores, que em certas ocasiões, podem entrar em conflito.

De acordo com colaborações de Nunes (2004, p. 59):

[...] a Coisa Julgada, instituto constitucional, é fundamental para a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. Assegurar a sua observância é imprescindível ao atendimento dos princípios da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, cada vez mais ameaçados pelos modismos processuais. E que, portanto, o valor segurança jurídica deve se sobrepor ao valor justiça; preponderando a vontade social, alcançando a justiça.

A imutabilidade da sentença é instrumento viabilizador da ordem democrática, garantidora de direitos, pois na medida em que a sentença se torna indiscutível, há paz na relação social debatida pelo processo, de modo que a prolongação da discussão pode acarretar incertezas e prolongações eternizantes das discussões processuais.

A coisa julgada é princípio previsto na constituição, e ressalva-se, de grande importância à manutenção da ordem democrática, no entanto, deve ser analisado em conformidade com todo ordenamento constitucional, não podendo sobrepor-se aos outros princípios lá contidos.

A partir desta idéia, Dinamarco (2001, p. 04) leciona que:

[...] nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil [...].

Portanto, não basta dizer, tão simplesmente, que a sentença é imutável pela qualidade a ela atribuída pela coisa julgada, é necessária uma análise pormenorizada da ordem constitucional e dos princípios lá contidos, no intuito de garantir a real efetivação do fim a que o processo se destina, que é o acesso à ordem jurídica *justa*.

Dinamarco (2001, p. 09) propõem uma nova análise do instituto da coisa julgada, dizendo que “[...] não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.

Deve-se afastar a segurança jurídica da coisa julgada, continuando esta a ser um importante instrumento para efetivação daquela, no entanto, não se pode tê-las como dependentes entre si. O que de fato deve ser inerente e coligado à segurança jurídica é o acesso à ordem jurídica *justa*.

A segurança se torna eficaz com a imutabilidade de sentenças verídicas, reais e justas e não com a eternização de sentenças inverídicas, que declaram direitos ou obrigações a quem de fato não devem atribuir tornando-se decisões *injustas*.

Aragão (apud, NUNES, 2004, p. 57) leciona que Bartolo, já no século XIV, dizia que em “alguns casos a sentença revela a própria verdade [...], mas em outros [...] (não faz isso porém é igualmente tida, fictamente, como se fosse verdade).”

Um exemplo claro que relata esta problemática, é a hipótese de em ação de investigação de paternidade, seja o autor considerado filho do réu ou não e posterior exame de DNA venha concluir o contrário.

A sociedade e as relações dela derivadas evoluíram no decorrer do tempo, assim como a ciência e suas técnicas, de maneira que cabe ao direito se adequar e utilizar tais elementos, os quais são instrumentos efetivos para a busca da justiça.

Coppio (2005) ensina que:

As questões práticas ocorridas na atualidade levam à emergência da necessidade de resolver acerca da autoridade da coisa julgada sem prejudicar a segurança jurídica presente no ordenamento, sem que nos leve à eternização dos conflitos de interesses, e sem que se faça injustiça em relação às partes. Não nos inclinamos no sentido de pôr fim à segurança jurídica e à coisa julgada, ao contrário, são desígnios imprescindíveis no direito universal, mas o movimento se faz a medida em que existem exceções, e se há regra, há exceções. Casos há em que a imutabilidade da decisão deve ser solapada em nome de princípios igualmente salientes para a obtenção da justiça.

É a partir desta concepção de busca incessante de justiça que o presente estudo se debruça, haja vista que, a coisa julgada não pode ser instrumento de eternização de decisões injustas. Ademais, deve-se dizer que qualquer decisão injusta, é inconstitucional, por não garantir o acesso a ordem jurídica.

O acesso a justiça não está ligado apenas à garantia de ingresso em juízo ou admissão do processo, existem outras questões inerentes a este princípio constitucional. É de suma importância destacar a justiça e a efetividade das decisões, pois o juiz deve pautar-se nestas premissas, devendo o processo “[...] dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter.” O processo deve-se ater ao fim a que se destina que é tornar efetiva a justiça, evitando decisões inúteis que prolongam injustiças (CINTRA;GRINOVER;DINAMARCO, 2009, p. 41).

O processo tem por escopo servir todo ordenamento jurídico em suas hipóteses legais ao passo que deve garantir um acesso à justiça rápido e eficaz.

A segurança jurídica é valor ápice da constituição e está intimamente atrelada ao respeito à coisa julgada, no entanto este respeito não pode sobrepor-se a outros valores humanos e sociais na medida em que torna incontestáveis as situações de contrariedade (DINAMARCO apud TOLEDO, 2012, p. 6469).

Para melhor expor esta idéia de justiça e garantia da efetividade processual, deve-se estabelecer o que são sentenças injustas e os efeitos que elas produzem. A sentença é um ato jurídico que contém um juízo de valor do magistrado, além de ser uma descrição do modelo abstrato contido na lei. A partir daí, pode-se dizer que a sentença, como ato processual, é válida por estarem preenchidos todos os requisitos de admissibilidade e elementos previstos na lei, no entanto pode ser errônea no juízo de valor dado pelo magistrado. “[...] a sentença

pode ser perfeita como ato processual, mas incorreta ou injusta no julgamento que veicula” (TALAMINI, 2005, p. 296).

Deste modo, pode-se dizer que a sentença injusta nada mais é do que o erro no julgamento do mérito. Talamini (2005, p. 299) ensina que vigora a presunção de legitimidade dos atos processuais, de modo que, consideram-se corretos e adequados até que se constate ao contrário. A sentença injusta assim como a sentença nula, produzem seus efeitos quando lançada no mundo jurídico, sendo que estes são indistintamente postos como coisa julgada, até que se discuta o erro.

Daí a necessidade de discutir a possibilidade de relativização da coisa julgada, pois, por mais errôneo que seja o julgamento do mérito, esta decisão estará abrangida pela coisa julgada, tornando imutável e indiscutível o erro decretado, produzindo efeitos indistintamente, apesar da injustiça cometida. Esta imutabilidade da sentença injusta é uma afronta ao princípio do acesso à ordem jurídica justa, bem como a efetividade do processo, instrumentos estes, garantidores de segurança jurídica.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Estão contidos na constituição os princípios norteadores de todo ordenamento jurídico, sendo esta compilação de normas basilares do sistema democrático, uma ordem que deve ser analisada de forma harmônica. A doutrina e a jurisprudência há muito reconhecem que alguns princípios, no caso concreto, limitam outros, não sendo nenhum deles absoluto, passível de sobreposição.

É necessário que se analise o caso concreto em suas particularidades, a fim de buscar um equilíbrio entre os princípios constitucionais que possam vir a se tornar incontroversos. Nunes (2005, p. 50) ressalva a importância do princípio da proporcionalidade para a relativização da coisa julgada, quando leciona que a:

[...] diversidade fática exige do operador do direito que observe o princípio da proporcionalidade, que serve como pauta procedimental da ponderação de interesses, sendo portanto o condutor na questão da relativização da Coisa Julgada, seara em que se dão os choques entre a segurança jurídica e a justiça.

Sarmento (*apud* NUNES, 2005, p. 50) leciona que a aplicação do princípio da proporcionalidade é um importante método para a garantia dos valores constitucionais, haja vista a sua amplitude, a qual permite uma vasta interpretação do texto constitucional, bem como dos princípios não escritos. Esta tutela ampliada contida no referido princípio é instrumento garantidor de ordem jurídica justa.

Talamini (2005, p. 563), para melhor explicar, inicia suas colocações acerca do princípio da proporcionalidade e razoabilidade fazendo uma crítica à afirmação de que princípios são normas jurídicas. O autor ensina que a correta distinção é entre regra e princípio, haja vista que ambos são normas jurídicas.

A regra é uma norma limitada por ela mesma, os princípios, por sua vez, são normas abrangentes, mais precisamente, um “valor em forma de norma”. A regra é uma norma que se aplica ou não, em contra partida, os princípios aplicam-se com maior ou menor intensidade (TALAMINI, 2005, p. 563).

Esta definição é importante na medida em que se torna necessária uma solução entre conflitos de regras e princípios, pois o primeiro se resolve com a exclusão de uma regra pela outra através de critérios de interpretação, como hierarquia e especialidade, na medida em que o conflito de princípios se resolve com ponderação e equilíbrio, de forma que um cede para o outro. Apesar disto, o princípio minimizado não deixa de existir, ao contrário, passam a coexistir no plano concreto (TALAMINI, 2005, p. 563).

É a partir desta ótica que o princípio da proporcionalidade existe, para sobrepesar os valores jurídicos e aplicar o mais adequado ao caso concreto. Talamini (2005, p. 566) ensina que:

[...] a proporcionalidade desdobra-se em três máximas parciais (ou subprincípios): da adequação (a medida tem de ser suscetível de atingir o fim escolhido), da necessidade ou restrição menor possível (deve-se escolher o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda os limites indispensáveis para tanto) e da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação propriamente dita (o ônus imposto ao valor sacrificado deve ser menor do que os benefícios propiciados ao valor prevalecente).

A razoabilidade por sua vez, “se refere à legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado atuará [...]. O Estado deve justificar racionalmente sua atuação, enquadrando-a no conjunto de regras e princípios albergados pela Constituição [...]” (ARAÚJO, 2012).

Pode-se dizer ainda que a razoabilidade retira a legitimidade do ato, quando este estiver afastado do “senso comum de correção e justiça” e eivado de formalismos e critérios exagerados, distantes de fazer justiça (TALAMINI, 2005, p. 566).

A partir destas colocações acerca do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pode-se dizer serem estes institutos jurídicos modelos de controle constitucional, que se segundo Pavarina (2005, p. 44) são analisados por dois prismas, o negativo, que tende a sobrepor as garantias fundamentais do cidadão em face de atos estatais arbitrários e injustos.

Além deste caráter negativo mais relacionado ao princípio da razoabilidade, têm-se que a proporcionalidade por sua vez, assume caráter de ponderação a fim de tornar eficaz e plena as garantias constitucionais, ao modo que sincroniza as contradições advindas da incidência da ordem constitucional no caso concreto (PAVARINA, 2005, p.44).

Esta análise do princípio da proporcionalidade é importante na medida em que se pretende discutir a relativização da coisa julgada, pois nenhum princípio constitucional é absoluto e na medida em que coexistem de forma conflituosa, devem ser analisados e sobrepesados.

Nota-se que a ponderação entre princípios, aliada à racionalidade dos atos e a obrigatoriedade do Estado em garantir a dignidade humana, é pretexto norteador das teorias favoráveis a relativização da coisa julgada.

É a partir desta idéia de ponderação que se torna possível a relativização da coisa julgada, pois este princípio, não absoluto, não pode prevalecer em face de direitos fundamentais.

3.3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A relativização da coisa julgada é tese recente da doutrina, a qual se tem como a quebra da coisa julgada dentro do prazo da ação rescisória ou fora dele (TALAMINI, 2005, p. 376). Esta tese “nasceu no seio do Superior Tribunal de Justiça (Min. José Delgado) e que, mesmo entre os que aceitam, só é defendida para casos realmente extraordinários” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2009, p. 329).

Esta teoria baseia-se na realidade de que nenhum valor constitucional é absoluto, desta feita, devem eles ser analisados de forma sincronizada e harmônica. Importante instrumento para este controle de valoração de princípios conflitados pelo caso concreto, é a proporcionalidade, que possibilita a ponderação e conseqüentemente a prevalência de valores dignificantes da pessoa humana em face da coisa julgada (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2009, p. 329).

É a partir desta teoria que se pretende tornar relativa a imutabilidade da sentença transitada em julgado, tendo como pretexto a garantia plena e efetiva dos valores constitucionais.

Aliada a esta teoria, tem-se a dignidade humana, a justiça e a efetividade do processo, que através da proporcionalidade e razoabilidade devem ser ponderados com a coisa julgada, a qual não deve ser considerada absoluta e prevalente.

A sociedade moderna requer uma readequação do direito e de sua aplicação no caso concreto, haja vista que as possibilidades e capacidades do ser humano evoluíram a tal ponto que devem ser revistas algumas formalidades exageradas que não podem mais serem tidas como garantias absolutas de justiça.

O DNA, por exemplo, é umas das descobertas mais importantes da medicina moderna, este desvendamento genético abriu discussão em vários ramos científicos, e no direito não foi diferente.

Os reflexos dessa descoberta são muitos dentro da ciência do direito. O caso que demonstra bem a complexidade que isto traz à análise da ordem jurídica é o caso das ações de investigação de paternidade que não tiveram o referido o exame como meio de prova pericial, pois passaram a estar suscetíveis a questionamentos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), já decidiu a possibilidade de repetição da ação de investigação de paternidade anteriormente julgada e declarada negativa por falta de provas. O fato do exame de DNA, na época, não estar disponível, tendo em vista sua falta de notoriedade, decidiu a corte superior por admitir o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, ainda que a matéria já tivesse sido julgada.¹¹

No entanto, o STJ só admite a relativização da coisa julgada nos casos em que foi proferida a sentença e declarada a falta de provas, em contra partida, nos casos de exame de DNA posterior a sentença transitada em julgado, prevalece a coisa julgada.¹²

Portanto, para aqueles que entendem ser juridicamente possível e válido relativizar a coisa julgada em casos excepcionais, este último entendimento do STJ é passível de questionamentos, os quais podem ser muito bem fundamentados.

Não é apenas nos casos em que a prova constituída na ação de investigação de paternidade for precária, que será possível a admissão de nova ação para reabrir a discussão, pois, tendo a sentença finalidade de declarar o direito e fazer justiça, deve ela estar vinculada com a verdade, deixando de fazer juízos fictícios e inverídicos.

Importante foi o julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual menciona que a sentença não pode continuar a ser tida como justa pelo simples fato de ter sido proferida dentro dos requisitos que a validam. A decisão não pode continuar fazendo “do quadrado, redondo e do branco, preto”. Deste modo, os recursos científicos alcançados pelo ser humano, justificam a possibilidade de discutir a paternidade, até porque os registros públicos devem traduzir

¹¹ “Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa Julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. I. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido” (STJ, 4ª T., REsp. 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 28.06.2001, RSTJ 158/409).

¹² AÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do código de processo civil e libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo dna posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado esta coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido. REsp

expressamente a realidade, por isso nada impede que a verdade prevaleça, ou, seja restabelecida. A coisa julgada não pode servir de instrumento que perpetue mentiras.¹³

É partir desta ótica que o presente estudo pretende se debruçar, na busca incessante pela verdade real dos fatos, na medida em que se flexibiliza a coisa julgada quando há indício de erro no juízo de valor do magistrado.

Nunes (2004, p. 55) leciona que:

A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da Coisa Julgada, não pode ser veículo de injustiças. A carga imperativa deve poder ser revista em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves que produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que sejam amparadas pelo direito.

Ademais, Farina e Theodoro Junior (2001), afirmam que o direito processual é perseguidor de verdade real, é um meio de se alcançar justiça e garantir o justo processo legal. O direito não pode se contentar apenas com a verdade formal para satisfazer os anseios da coisa julgada e da certeza jurídica. É necessário que seja garantida a justiça, devendo esta estar aproximada ao máximo do Direito justo.

A teoria da relativização da coisa julgada procura atribuir a esta sentença reconhecedora de fato diverso da realidade, ou mais precisamente, sentença injusta, caráter inconstitucional, deste modo, estas decisões não poderão ser acobertadas pelo manto da coisa julgada e poderão ser impugnadas a qualquer tempo, pois ferem o princípio da legalidade, moralidade, respeito a constituição e entrega da justiça. (DELGADO, 2001, p. 25).

Delgado ainda demonstra sua indignação quando diz: “Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça [...]” (2001, p. 28).

107248 / GO RECURSO ESPECIAL 1996/0057129-5. Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES (1108), T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 29/06/1998 p. 160.

¹³INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Coisa julgada. Registro público. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamento. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infundáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. A “coisa julgada” não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais (TJDF – AC 46.400 – (Reg. AC. 103.959) – 1.ª T – Rel. Dês. Valter Xavier – DJU 22.04.1998).

Dinamarco (2003, p. 31) leciona que, nos casos de decisões aberrantes de valores constitucionais, os efeitos serão juridicamente impossíveis, e não estarão acobertados pela coisa julgada. Não se pode imunizar os efeitos, cuja efetivação contrarie valores constitucionais.

O norte do presente estudo está na indagação: como pode a coisa julgada prevalecer frente a outros valores constitucionais, ao ponto de garantir a imutabilidade da sentença que nega a paternidade, sendo que a ciência demonstra ao contrário?

A jurisprudência vem discutindo o assunto amplamente, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) entendido que, ante ao conflito de normas constitucionais, como a coisa julgada e a dignidade humana (neste último inserido o direito do filho em ver reconhecida sua paternidade), deverá ser aplicada a razoabilidade, ponderando qual deverá prevalecer. Tal acórdão do TJDF mencionou que a jurisprudência tem permitido, frente à certeza que o exame de DNA proporciona, a flexibilização da coisa julgada para esclarecer a situação biológica do investigante.¹⁴

Assim, por ser o reconhecimento da paternidade um direito inerente à dignidade humana, deve este prevalecer em face da intangibilidade da sentença transitada em julgado. Além do mais, outros valores constitucionais são conflitados com a coisa julgada quando esta é atribuída aos efeitos da sentença injusta, como por exemplo, o princípio do acesso à ordem jurídica justa, da efetividade do processo, bem como da própria justiça.

O direito deve valer-se da certeza e da busca incessante de justiça, dignidade humana e cidadania. Desta feita, a revisão da sentença injusta acobertada pela coisa julgada é totalmente possível e necessária. Para tanto, é preciso estipular os instrumentos e as formas processuais que guiarão tal empreitada.

¹⁴ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – COLIDÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – RAZOABILIDADE – 1. Ante o conflito de princípios constitucionais, como o do art. 5º, XXXXVI, da CF, que assegura o respeito à coisa julgada, e aquele da dignidade da pessoa humana, § 7º, do art. 226 (e entre eles o direito do filho em conhecer sua paternidade efetiva), deve o Poder Judiciário utilizar-se de critérios que lhe permitam ponderar, em virtude da situação concreta, qual seja o direito a prevalecer no caso. 2. A jurisprudência tem obviado a rigidez da coisa julgada, para, reabrindo a lide, e ante a produção da prova pericial (exame de DNA), diligência que fornece quase cem por cento de certeza, esclarecer a situação biológica

3.3.1 Instrumentos

Destacada a possibilidade de relativização da coisa julgada, devem-se estabelecer os mecanismos adequados que possibilitarão a revisão das matérias já acobertadas pela coisa julgada. A doutrina, por sua vez, como era de esperar, se preocupou em trilhar o caminho mais sensato, que não trouxesse prejuízos à ordem constitucional.

3.3.1.1 Ação rescisória

Os defensores da tese atribuem à ação rescisória a relevância instrumental necessária para revisão da coisa julgada. Este procedimento se mostra o mais adequado para a hipótese em questão, qual seja, o fato de exame posterior de DNA mostrar diversamente da sentença proferida em ação de investigação de paternidade.

Para que se possa estabelecer o meio processual mais adequado para o caso em tela é imprescindível que se analise de forma abrangente as possibilidades de cabimento previstas no art. 485 do CPC.

Assim, precisos são os ensinamentos de DINAMARCO (2003, p. 34/35):

Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contém – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento da outra etc.

Ademais, os adeptos defendem que o prazo decadencial de dois anos deveria cair, haja vista que qualquer julgado que afronta a constituição pode ser modificado a qualquer tempo e perante qualquer Tribunal. (PAVARINA, p. 83).

A doutrina buscou o enquadramento para hipótese de relativização da coisa julgada nos casos de ação de investigação de paternidade que não tiveram o exame de DNA como meio de prova pericial, basicamente em três incisos do art. 485 do CPC, o VI, VII e IX¹⁵, no entanto, devem-se analisar com cautela tais ensinamentos, haja vista alguns equívocos. Vejamos:

Se a sentença acerca da filiação concluiu diversamente ao que se chegaria com o exame de DNA, não quer dizer, necessariamente que a prova utilizada na investigação seja falsa. Só há falsidade de prova quando esta não condiz com a realidade, desta forma, se o magistrado, baseado em provas lícitas, se conduz a resultado incorreto, tem-se um erro de julgamento e não falsidade de prova. Desta forma não cabe a hipótese do art. 485, inciso VI do CPC, como fundamentação da revisão da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 621-622).

Há ainda quem diga que o caso em discussão se enquadra perfeitamente na hipótese do inciso IX do art. 485 do CPC, apesar disto, Talamini (2005, p. 622), não entende ser a solução mais adequada, pois, “O erro de fato consiste na incompatibilidade, verificável de plano, entre algo que está comprovado nos autos sem dar ensejo a dúvidas e aquilo que o juiz pressupõem ou considera na sentença.”

Desta feita, se houver necessidade de apresentação de documento novo (exame de DNA), quer dizer que o fato não estava duvidoso no processo, pois o erro teria que ser facilmente verificável, não havendo necessidade de apresentação de novo documento.

Outra hipótese, a mais plausível, é o enquadramento da ação rescisória com base em provas novas fazendo uma interpretação extensiva a regra relativa a documentos novos prevista no inciso VII do art. 485 do CPC. (TALAMINI, 2005, p. 623).

Deve-se inicialmente analisar alguns obstáculos inerentes a esta interpretação. O primeiro óbice é o fato da literalidade do inciso VII dispor acerca de documentos novos e não

¹⁵ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

de qualquer meio de prova e o segundo obstáculo condiz com a necessidade de preexistência do documento (TALAMINI, 2005, p. 623).

Talamini (2005, p. 623) leciona: “Nota-se que a limitação a ‘documento’ novo, no art. 485, VII, ampara-se em uma suposta maior idoneidade dessa espécie de prova em face das demais.” A partir desta idéia, pode-se dizer que o exame de DNA reveste-se indiscutivelmente de maior idoneidade, equivalente a qualquer documento contido no processo cuja sentença pretende-se revisar, fato este que autoriza a utilização do exame de DNA para o enquadramento no art. 485, VII.

Quanto à questão de preexistência do documento têm-se algumas divergências. Na hipótese de não haver documento novo ou qualquer outra prova nova, mas apenas a pretensão de produção destas, não será possível o enquadramento na hipótese do art. 485, VII, haja vista ser requisito de admissibilidade da rescisória a apresentação do documento novo. (TALAMINI, 2005, p. 624).

Após a conclusão de que para a admissão da ação rescisória é necessário a existência de um documento novo e de que este pode ser o exame de DNA, é necessário analisar a questão da preexistência em sentido estrito.

Alguns doutrinadores como Moreira (*apud* TALAMINI, 2005, p. 624) ensinam que o documento novo “[...] é, em princípio, o já existente quando da decisão rescindenda.” Para o autor, o exame de DNA deve existir no momento em que foi proferida a sentença para que se possa aplicar o art. 485, VII.

Rizzi (*apud* TALAMINI, 2005, p. 624) também entende como Moreira, no entanto ressalva a possibilidade de, “em casos excepcionalíssimos”, a admissibilidade de documento posterior a decisão. Menciona que, os documentos públicos que não puderam ser redigidos antes da sentença, poderão ser utilizados para a rescisão.

Segundo Talamini (2005, p. 624)

[...] Rizzi invocou a lição de Lent no direito alemão. Contudo, Lent não condiciona o uso do documento posterior à sentença ao seu caráter público. Os parâmetros dados pelo processualista germânico são outros: o “documento” referir-se a fatos precedentes, ventilados no processo da sentença rescindenda, *e ter sido impossível sua elaboração anterior*. E Lent expressamente reconhece a possibilidade de utilizar como documento novo uma perícia realizada em outro processo, mais recente, e que seja contrária àquela em que se fundou a sentença cuja rescisão se pede. [...]. A extensão justifica-se porque também estes documentos, por virtude da sua força probatória evidenciam claramente a incorreção da sentença.

É a partir desta idéia de Lent que Talamini (2005, p. 625) ensina que o exame de DNA, mesmo posterior a sentença que se pretende rescindir, é fundamento para a aplicação do art. 485, VII. O STJ já decidiu neste sentido, admitindo o exame de DNA como documento novo.¹⁶

Desta feita, é completamente plausível a teoria da relativização da coisa julgada nas hipóteses em que exame de DNA constata de forma contrária a sentença transitada em julgado, haja vista a rica fundamentação baseada numa interpretação extensiva da ordem constitucional, voltada a garantia da dignidade humana.

Após a exposição destas possibilidades, fundamentações, enquadramentos legislativos e instrumentos que permitem a admissão da relativização da coisa julgada, é importante destacar que nenhuma teoria pretende desconsiderar a o instituto da coisa julgada em sua totalidade, o que de fato causaria grandes impactos à segurança jurídica. Tal teoria deve ser utilizada em casos excepcionais, como este aqui apresentado, de maneira que não deve causar prejuízos a ordem constitucional.

¹⁶ O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória de paternidade é documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória. (STJ, 4ª T., REsp 189.306-MG, v.m., rel. p/ac. Min. Cesar Rocha, j. 25.07.2002, DJU 14.10.2002, EJSTJ 35/212).

CONCLUSÃO

Conforme debatido no presente estudo, a coisa julgada é um instituto de enorme relevância jurídica, haja vista que atribui ao efeito certificativo da sentença transitada em julgado, caráter de imutabilidade e insdicutibilidade. Desta feita, a coisa julgada é um importante instrumento garantidor de segurança jurídica que impede a perpetuação dos litígios e traz às relações jurídicas uma maior estabilidade.

Tal instituto está expressamente previsto na constituição federal, em seu art. 5º XXXVI, bem como na Lei de introdução do Código Civil (lei nº. 4.657/42). Assim, pode-se dizer que a coisa julgada está na ordem jurídica como uma garantia fundamental a todo ser humano.

Deste modo, o Estado, ao exercer seu papel jurisdicional perante os litígios apresentados, tem o papel de analisar a coisa julgada como um princípio contido em um sistema constitucional harmônico onde não há prevalências. No entanto, como é sabido, os princípios aplicados conjuntamente ao caso concreto podem entrar em conflito. É o que acontece quando a sentença proferida na Ação de investigação de paternidade declara fato irreal e exame posterior de DNA venha demonstrar o erro do julgamento.

A partir do caso concreto apresentado tem-se que a coisa julgada, a qual impede a revisão da matéria já decidida, entra em conflito com alguns outros princípios constitucionais de mesma relevância, como: o acesso a ordem jurídica justa, a instrumentalidade e até mesmo a dignidade da pessoa humana.

Com intuito de resolver estes conflitos constitucionais, tem-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, os quais possibilitam a ponderação entre os valores e oportunizam uma melhor resposta jurisdicional ao caso concreto.

É a partir destes dois princípios que se começa a fundamentar a relativização, pois são eles que permitem que a coisa julgada ceda em face da efetivação de outros valores, que aplicados ao caso concreto se apresentam com maior relevância.

Após a análise da admissibilidade e da necessidade de em casos extraordinários relativizar a coisa julgada, indispensável se faz a apresentação dos instrumentos que possibilitam a revisão. De acordo com o demonstrado na presente pesquisa, a ação rescisória é o meio mais adequado para flexibilizar a coisa julgada no caso em voga.

Com a análise extensiva do art. 485 do CPC, concluiu-se que o exame de DNA, mesmo posterior a sentença da ação investigatória que se pretende rescindir, é documento novo e, portanto, incide a regra do inciso VII. No entanto, deve-se ressaltar que o documento é requisito de admissibilidade da ação, não havendo a possibilidade de requer a produção da referida prova na própria rescisória.

A sociedade moderna requer uma readequação de direito e de sua aplicação no caso concreto, haja vista que as possibilidades e capacidades do ser humano evoluíram a tal ponto que devem ser revistas algumas formalidades exageradas.

REFERÊNCIAS

AMAR, Ayush Morad; AMAR, Marcelo J. Ayush. **Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do DNA**. São Paulo: Ícone, 1991.

ARAÚJO, Ângela Soares de. Princípio da proporcionalidade como instrumento de decisão judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 27, 31/03/2006 [Internet]. Acesso em 23/04/2012.

ASSUMPTÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 225, p. 05-37, jul-set, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. **Lei n. 5.869**. Institui o Código de Processo Civil (1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 30 Ago. 2011.

_____. **Lei n. 3.071**. Institui o Código Civil (1916). Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071..htm>. Acesso em: 3 Set. 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 7 Set. 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. **Decreto lei n. 4.737**. Dispõem sobre o reconhecimento de filhos naturais (1942). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm. Acesso em: 17 set. 2011.

_____. **Lei n. 883.** Dispõem sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos (1949). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm. Acesso em: 18 set. 2011.

_____. **Lei n. 8.069.** Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências (1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 3 out. 2011.

_____. **Lei n. 8560.** Regula a investigação de Paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. **Lei n. 10.406.** Institui o Código Civil (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. **Lei n. 6515.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências (1977). Acesso em:

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível n. 4887198.** Relator: Ribeiro de Souza, 28 de Agosto de 1998. Disponível em: www.tj.df.jus.br. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 99.003378-3.** Relator: Carlos Prudêncio, 12 de agosto de 1999. Disponível em: www.tj.sc.jus.br. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 71373/RS.** Relator: Francisco Rezek, 10 de novembro de 1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 226.436/PR.** Relator: Sálvio de Figueiredo, 28 de junho de 2001. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1996/0057129-5.** Relator Carlos Alberto Menezes, 29 de junho de 1998. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 46.400 (reg. AC. 103.959).** Relator Valter Xavier, 22 de abril de 1998. Disponível em: www.tj.df.jus.br. Acesso em: 13 mai. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento. 2002.00.2.004110-8, 2.** Relator Silvânio Barbosa dos Santos, 26 de março de 2003. Disponível em: www.tj.df.jus.br. Acesso em: 13 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 189.306-MG.** Relator Cesar Rocha, 14 de outubro de 2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14 mai. 2011.

CHARMELETE NETO, Alberto. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação de cognição**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

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

COPPIO, Flávia Sapucahy. Relativização da coisa julgada. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, 23 mar. 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=10349>. Acesso em: 10 jun. 2011.

DAYRLL, Carlos. **Da filiação ilegítima no direito brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislações**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: **IV CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO CIVIL E TRABALHISTA**. Natal, 2000. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em: 10/05/2011.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. **Revista do Processo**. N. 103. São Paulo: RT, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Ajuris**, v. 27, n. 83, p. 33-65, set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ Relativizar a Coisa Julgada Material. **Revista de Processo**. Nº 109. São Paulo: RT, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.4, 1999.

LIEBMAN, Eurico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente. Trad. Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

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

NUNES, Julia Soares Favilla. **A Relativização da coisa julgada como garantia a efetivação da prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Papel Virtual Editora, 2004.

PAVARINA, Adriana Ribeiro. **Relativização da coisa julgada**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br>. Acesso em: 15/04/2012.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Efeitos do reconhecimento de paternidade ilegítima**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

RASKIN, Salmo. **Manual prático do DNA para ação de investigação de paternidade**. Curitiba: Juruá, 1999.

RASKIN, Salmo. **Manual Prático do DNA para investigação de paternidade**. Curitiba: Juruá, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Sentença e coisa julgada: ensaios**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 8 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

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

TEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. (2001) **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em: 10/05/2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Flexibilização da Coisa Julgada: um tema de interpretação do Direito**. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 12/04/2012.

ANEXOS

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, _____, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. _____, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), ____ de _____ de 2012.

Assinatura do(a) Estudante

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante _____, cujo título é _____, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: _____, telefone para contato _____.

Chapecó (SC), _____ de _____ de 2012.

Assinatura do(a) Orientador(a)