

DÉBORA APARECIDA PEREIRA TERRA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PEDIDO DE PATERNIDADE

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

São Paulo

2013

DÉBORA APARECIDA PEREIRA TERRA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PEDIDO DE PATERNIDADE

Trabalho de Graduação Interdisciplinar (TGI) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. Hamid Charaf Bdine Júnior.

São Paulo

2013

DÉBORA APARECIDA PEREIRA TERRA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PEDIDO DE PATERNIDADE

Trabalho de Graduação Interdisciplinar (TGI) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) com média _____

São Paulo, ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hamid Charaf Bdine Júnior – Orientador

Prof.

Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe Ana, minha melhor amiga; ao meu pai José; à minha avó Maria Aparecida e ao meu avô Braz Bueno que mesmo não estando mais na terra fisicamente, permanece no meu coração; ao meu irmão Marcelo; à minha tia Adriana; ao meu namorado Marcelo, pessoa que eu admiro muito e confio; e as minhas amigas da faculdade pela convivência diária, pelos risos, choros, conselhos, que certamente permanecerão na minha memória para sempre.

Perguntaram ao Dalai Lama...

“O que mais te surpreende na humanidade?”

E ele respondeu:

“Os homens...Porque perdem a saúde para juntar dinheiro, depois perdem dinheiro para recuperar a saúde.

E por pensarem ansiosamente no futuro, esquecem do presente de tal forma que acabam por não viver nem o presente nem o futuro.

E vivem como se nunca fossem morrer...

...e morrem como se nunca tivessem vivido.”

(Apócrifo)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a análise da aplicação da relativização da coisa julgada no pedido de paternidade. Assim, para obtermos um embasamento a respeito do tema proposto, será analisada também a conceituação de filiação, dos direitos da personalidade, do reconhecimento de paternidade e da coisa julgada. Em um segundo momento, serão apresentados os tipos de reconhecimento de paternidade, bem como seus possíveis meios de prova. Por fim, o trabalho tratará sobre o seu tema central, mostrando quando será admitida a relativização da coisa julgada, levando em consideração a segurança jurídica das relações processuais, bem como até qual ponto a coisa julgada deverá sobrepor a dignidade humana e o direito à filiação.

Palavras Chave:

Filiação – Biológica – Socioafetiva – Direitos da Personalidade – Dignidade da Pessoa Humana – Reconhecimento de Paternidade – Voluntário – Judicial – Provas – Exame de DNA – Coisa Julgada – Formal – Material – Relativização – Direito Brasileiro – Ação Rescisória – Ação Anulatória – Direito – Justiça.

ABSTRACT

This work aims to examine the application of the res judicata in relativization to the paternity. Thus, to obtain a grounding on the subject proposed, will be also analyzed the concept of parenthood, rights of personality, recognition of paternity and res judicata. In a second moment, we will present the types of recognition of paternity, as well as their possible evidence. Finally, the work will discuss about it's central theme, showing when will admitted the relativization of the res judicata, taking into account the legal relations of procedure and to what extent the res judicata should override human dignity and the right to parenthood.

Keywords:

Parenthood - Biological - socioaffective - Personality Rights - Human Dignity - Paternity Recognition - Volunteer - Judicial - Evidence – DNA Examination - res judicata - Formal - Material - Relativization - Brazilian Law - Rescission - Annulment Action - Law - Justice .

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>9</u>
<u>1. FILIAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE</u>	<u>10</u>
1.1. DA FILIAÇÃO.....	10
1.2. FILIAÇÃO BIOLÓGICA	10
1.3. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	12
1.4. DIREITOS DAS PERSONALIDADE	13
1.5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
1.6. - FILIAÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	17
<u>2. PEDIDO/NEGATÓRIA DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....</u>	<u>19</u>
2.1. O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....	19
2.2. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO.....	20
2.3. RECONHECIMENTO JUDICIAL: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE.....	22
2.4. MEIOS DE PROVA.....	24
2.5. EXAME DE DNA COMO PROVA INCONTESTÁVEL.....	26
2.6. PROJETO DE LEI DE N. 6.960/02, DO DEPUTADO RICARDO FIÚZA.....	28
<u>3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE.....</u>	<u>29</u>
3.1. COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL	29
3.2. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO	31
3.3. AÇÃO RESCISÓRIA E AÇÃO ANULATÓRIA	34
3.4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA COMO MEIO DE JUSTIÇA.....	38
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>43</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>44</u>

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito de família vem sofrendo diversas mudanças resultantes da modernidade dos tempos, dos costumes já vividos ou, então, dos que nunca existiram e que atualmente são de suma importância. A possibilidade de um filho fora do casamento ter os mesmos direitos que um filho concebido durante o matrimônio foi uma revolução dentro do Direito de Família, feita pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, juntamente com a criação do exame de DNA, no final da década de 1980.

Com o recente aparecimento do exame de DNA, juntamente com os avanços biológicos, as pessoas passaram a ter maior probabilidade de certeza quanto à filiação, causando um grande impacto no ramo jurídico, surgindo a discussão em relação à investigação de paternidade e os aspectos polêmicos da coisa julgada material, bem como a sua relativização neste determinado caso.

Por isso, de suma importância se faz estudar a coisa julgada e sua relativização quando não houver o esgotamento de todas as provas possíveis, principalmente do exame de DNA, bem como a busca dos conceitos e fundamentos jurídicos de todos os assuntos tratados neste tema.

Desta forma, é nesta seara que o projeto irá mostrar até onde a segurança jurídica dos processos deverá sobrepor a dignidade da pessoa humana, bem como os demais princípios encontrados neste caso, dando um enfoque no conceito de filiação, bem como nos direitos da personalidade, na coisa julgada, na ação de investigação de paternidade e a realização do exame de DNA e por fim, a relativização da coisa julgada no direito brasileiro – principal enfoque do trabalho.

Cabe salientar que devido à finalidade acadêmica deste trabalho, o tema estudado não foi esgotado, sendo, entretanto, analisados os principais aspectos defendidos.

1. FILIAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1. Da Filiação

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito de Família teve seu conceito mudado, não sendo considerado apenas o casamento como entidade familiar, mas também a união estável.

Diante de tal promulgação, em seu art. 227, parágrafo 6, não somente o conceito de casamento foi alterado, como também os filhos gerados fora do matrimônio, bem como os adotados, passaram a ter uma proteção pelo princípio da igualdade entre os filhos, tendo os mesmos direitos e qualificações que os gerados dentro do casamento ou os consaguíneos.

No entanto, o atual Código Civil somente não trata do reconhecimento em relação a filiação socioafetiva, tratando somente da filiação biológica.

Neste sentido, iremos estudar os conceitos de filiação socioafetiva e biológica, bem como a possibilidade da ação de investigação de paternidade entre os dois.

1.2. Filiação Biológica

Filiação biológica é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram¹. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a

¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28 edição, v. 06. São Paulo: Editra Saraiva, 2005. Pg.

mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.²

Na época do Código Civil de 1916, saber a diferenciação entre filho legítimo e ilegítimo era de suma importância, visto que seus direitos eram diferentes, havendo muitas vezes a necessidade de se proceder com a chamada “legitimação”, conferindo aos filhos concebidos anteriormente ao casamento, os mesmos direitos dos filhos que foram concebidos no matrimônio, os filhos legítimos.

Contudo, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas precisamente em seu art. 227, parágrafo 6, a distinção entre filho legítimo e ilegítimo foi deixada para trás, estabelecendo então uma absoluta igualdade entre os filhos, independentemente de sua forma de concepção, ou até mesmo, nos casos de adoção.

Atualmente, apesar de tal definição não ser mais necessária para a configuração de filiação legítima, é considerado pelo legislador filho o ser concebido na constância do casamento, havendo a “Presunção Legal de Paternidade”, visto que em um casamento, há o pressuposto de fidelidade e relações sexuais.

Há também a Presunção “*pater is est*”, que de acordo com o art. 1597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos que nascerem pelo menos cento e oitenta dias depois do estabelecimento da convivência do casamento, os nascidos nos trezentos dias após a extinção do casamento devido à morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; os concebidos à qualquer tempo quando estivermos falando de embriões, bem como os concebidos mediante inseminação artificial heteróloga, com autorização prévia do marido, ou até mesmo nas fecundações homólogas, mesmo quando o esposo já estiver falecido.

² VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. pag. 7.

Entretanto, tais presunções não passarão por cima da verdade biológica, pois se por um acaso houver dúvida quanto à paternidade, atualmente há a possibilidade da realização de exames os quais são apurados a verdadeira herança genética, especialmente o famoso exame de DNA.

1.3. Filiação Socioafetiva

No que tange a filiação socioafetiva, o novo Código Civil foi omissivo em relação à esta filiação, tratando apenas da filiação biológica. Contudo, apesar da legislação se manter inerte, a tendência entre a doutrina e a jurisprudência brasileira é no sentido de reconhecer a paternidade socioafetiva.

Para a doutrina, há a filiação biológica como também a socioafetiva, deixando claro a importância do afeto no direito de família, do convívio diário, do carinho e da atenção dada aquela pessoa considerada como filha:

“o novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes”.³

No que tange à investigação de paternidade socioafetiva, o direito brasileiro não prevê objetivamente esta hipótese, restando então para a doutrina interpretar os dispositivos legais que tratam apenas da filiação biológica.

³ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos**. Livraria do Advogado. 2001, pg. 159-160.

Para o jurista Belmiro Pedro Welter, os filhos socioafetivos deveriam ter os mesmos direitos que os biológicos, igualando estes aos decorrentes de uma adoção, tendo direito ao nome (sobrenome) do pai, à herança, à guarda, ao afeto, ao pagamento de alimentos e etc.⁴

Quando falamos do ponto de vista psicológico da filiação socioafetiva, o amor entre pai e filho não decorre apenas do vínculo de sangue mas sim do afeto, da convivência, da proteção, visto que muitas vezes o laço socioafetivo é mais forte que o laço biológico.

Entre as espécies de filiação socioafetiva podemos destacar a adoção, o reconhecimento voluntário, o não voluntário e os filhos de criação. Entretanto, a atual jurisprudência entende que os filhos que são adotados de fato e os de criação não tem direito à herança dos pais, visto que não há um vínculo jurídico. Apesar de nossa legislação não ser expressa em relação à “posse de estado filho”, é possível o reconhecimento de paternidade socioafetiva.

Com tal análise conclui-se que com a evolução dos tempos e com o surgimento das necessidades da sociedade, o reconhecimento da paternidade socioafetiva passará a ser mais abrangente no que tange ao interesse da criança.

1.4. Direitos das Personalidade

Com o Código Civil de 2002, a sociedade brasileira têm preservado mais o ser humano do que o patrimônio, visto que com o código civil de 1916 havia um predomínio patrimonialista. Atualmente, o ser humano tem sido mais valorizado, tendo os seus direitos à personalidade protegidos, juntamente com os demais direitos.

⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Contudo, tal personalidade não pode ser tida como um direito propriamente dito, mas sim uma qualificação dada ao ser humano à qual provém todos os direitos e obrigações, conforme preleciona Pontes de Miranda: “certo, a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito”⁵

A personalidade nasce com o homem, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua concordância. O homem é dotado de personalidade, simplesmente pelo fato de ser humano. Contudo, não são somente as pessoas físicas que possuem personalidade, as pessoas jurídicas também são providas de personalidade, sejam elas de direito público ou privado.

No que tange o direito da personalidade quanto ao ser humano, estes são irrenunciáveis, inalienáveis e irrestringíveis, assim como o direito à vida, à liberdade, à saúde, honra, igualdade.

Tais direitos à personalidade são classificados como direitos adquiridos e inerentes ao ser humano. “Os direitos adquiridos podem ser examinados em relação ao Estado, e ingressam no campo das liberdades públicas, podendo dependendo necessariamente de positivação. Enquanto os direitos inatos, por serem inerentes ao homem, consideram-se acima do direito positivo, devendo o Estado reconhecê-los e protegê-los, através das normas positivas.”⁶

Os direitos à personalidade têm também como característica seu efeito *erga omnes*, efeito o qual todas as pessoas tem o dever de respeitar, bem como seu caráter vitalício e imprescritível, características as quais as partes interessada podem invocá-los à qual tempo.

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves, 2 edição. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I. pg. 216.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo **Curso de direito civil**. Parte geral. 2 edição. Revista atual e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, volume 1, pg 147.

Como vimos no início deste capítulo, após o predomínio patrimonialista no direito privado, o Código Civil de 2002 tratou de disciplinar do art. 11 ao art. 21 os direitos à personalidade. Porém, não foi enumerado taxativamente pelo legislador tais direitos, podendo ser alcançados outros direitos não citados nestes artigos.

Como direitos à personalidade enumerados nestes artigos, temos o direito à proteção de qualquer ameaça ou lesão, direito ao nome, prenome e sobrenome, à intimidade, entre outros.

O direito, com a mudança dos tempos, vêm se adaptando e fazendo mudanças significativas de valores considerados importantes pela sociedade. Com o Código Civil de 2002 nítido está a mudança do real foco do ordenamento jurídico: o homem.

Desta forma, se a pessoa é o centro das relações jurídicas, nada mais justo que o ser humano ter sua personalidade e os seus direitos assegurados de forma ampla e irrestrita, de acordo com a Constituição Federal.

1.5. Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, sendo um direito inviolável, direito o qual todas as pessoas tem o dever de respeitar, conforme preleciona a nossa Carta Magna de 1988, mas precisamente em seu art. 1, inciso 3.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade que todo ser humano possui, qualidade a qual o diferencia dos demais. Porém, independente de suas características pessoais, merece respeito da sociedade como um todo e do Estado,

este por sua vez tem o dever de assegurar condições existenciais mínimas para uma vida digna, bem como contra qualquer ato vexatório ou desumano.⁷

Segundo Jorge Miranda, são características do princípio da dignidade humana:

“a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”⁸

A dignidade da pessoa humana é um atributo o qual o homem tem a necessidade de possuí-lo, que faz parte de sua essência, atributo o qual não poderá ser substituído, sendo acompanhado até o fim de sua vida.

Tal princípio não pode ser considerado apenas como político, mas também como um princípio social e cultural, tendo como natureza um valor muito maior, visto que este é a base de todos os direitos fundamentais do ser humano como o direito à vida e o direito à filiação, direitos os quais devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico como Garantia Fundamental.

Desta forma, os direitos fundamentais deverão ser considerados como direitos inerentes à pessoa humana, direitos os quais se desrespeitados produzirão desigualdade de ordem social. Com isso, caso haja algum conflito entre os princípios

⁷ SARLET, Ivo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra, 1991, pg. 169.

constitucionais em um mesmo caso, como por exemplo o direito à filiação, adequado está adotar a solução que mais respeite a dignidade da pessoa humana.

1.6. - Filiação como direito da personalidade

Inicialmente vale mostrar que a filiação é um dos direitos da personalidade, conforme estudamos inicialmente neste capítulo.

Todo ser humano tem o direito de saber sua identidade genética, de saber o nome de seu pai, bem como ter sobrenome, e o convívio familiar. O direito ao nome é um dos direitos à personalidade, direito o qual o ser humano pode se tornar individualizado, conforme dispõe o art. 16 do Código Civil de 2002.

Atualmente, quando há dúvida quanto à filiação, o filho poderá entrar com uma ação de investigação de paternidade e descobrir sua identidade genética.

Conforme a súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”, podendo o interessado propor esta ação à qualquer tempo.⁹

O direito de saber sua identidade genética é um interesse o qual nenhuma lei poderá restringir, visto que seria injusto privar o interessado de não utilizar todos os recursos possíveis na busca do reconhecimento de sua paternidade, conforme indaga Maria Helena Diniz:

[...] porque não obrigar ao teste de DNA o suposto pai, se o Estado, em nome do interesse público, deve garantir, com absoluta prioridade, à criança

⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula 149. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 24.set.2013.

o seu direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade/paternidade”.¹⁰

O direito de investigar a paternidade cabe somente aos filhos que ainda não à tenham, ou seja, aos filhos que ainda não tenham adquirido uma outra relação de filiação, como a socioafetiva. Porém, nos casos em que o filho já houver estabelecido outro estado de filiação, caberá o direito de investigação de paternidade tão somente para saber sua verdade biológica, mas não gerando nenhum efeito no âmbito do direito de família.

Nos casos em que vimos anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil não faz mais diferenciação entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, igualando os direitos de ambos quanto ao reconhecimento de paternidade, independente de como foi gerado.

Com o reconhecimento da paternidade, nenhum juiz mediante sua decisão poderá estabelecer que um pai dê carinho ao filho, porém, tal magistrado poderá fazer com que o filho tenha sua verdade genética, tendo o interessado o direito de ser tratado com dignidade e respeito.

Desta forma, o direito à filiação engloba os direitos da personalidade, visto que o primeiro se reflete ao direito ao nome, direito pertencente ao direito da personalidade.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 18 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pg. 415.

2. PEDIDO/NEGATÓRIA DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

2.1. O reconhecimento de paternidade

Primeiramente, como já visto, na constância do Código Civil de 1916, havia a distinção entre filhos legítimos e os ilegítimos, sendo que os primeiros eram os gerados entre pais casados, e os seguintes, entre pais não casados.

Com a Constituição de 1988, mais especificamente em seu art. 227, parágrafo 6, foi proibida qualquer distinção entre os filhos, sendo estabelecida então a substituição da expressão “ filhos ilegítimos” por “filhos havidos fora do casamento”.

Atualmente, no que tange ao reconhecimento de paternidade, de acordo com o artigo 1606 do Código Civil, os filhos gerados na constância do casamento não precisam ser reconhecidos, visto que há a presunção legal de paternidade decorrente do casamento dos pais. Entretanto, os filhos havidos fora do casamento não haverá a presunção de paternidade, independente da existência do vínculo biológico entre pai filho, faltará ainda o vínculo jurídico de parentesco, havendo então a necessidade do reconhecimento de paternidade.¹¹

O reconhecimento de paternidade poderá ser dado de duas formas, voluntária ou judicial, como poderemos ver a seguir.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 06, 2012, Pg. 340.

2.2. Reconhecimento voluntário

O reconhecimento voluntário se dá pelo ato o qual o sujeito de forma espontânea e legal, declara que determinada pessoa é seu filho.

Conforme preleciona o art. 1609 do Código Civil, o reconhecimento voluntário de paternidade poderá ser feito no registro de nascimento, por escritura pública ou particular com registro em cartório, por testamento ou por manifestação perante a presença de um juiz.

Tal manifestação voluntária poderá ser dada tanto pelo pai como pela mãe. Contudo, o reconhecimento voluntário é um método mais usado pelo pai, visto que a mãe conta com a certeza de que é a genitora da criança “*mater semper certa est, pater autem incertus*”.¹²

No que tange a natureza jurídica do reconhecimento voluntário de paternidade, este ato será declaratório, visto que não foi criada a paternidade e sim, a penas, declarada um fato que já existia, da qual o direito extrai as consequências.¹³

Importante é salientar que o reconhecimento voluntário de paternidade é um ato personalíssimo, ato o qual somente um dos pais poderá ter, não podendo, certamente, ser representado por outra pessoa.

Contudo, tal ato voluntário, personalíssimo, como qualquer espécie de ato jurídico, para que seja dado como válido, há a necessidade de ser levada em conta capacidade do agente. Assim, os absolutamente incapazes (Código Civil, art. 3, inciso II) não estão autorizados a reconhecer, bem como os menores de 18 anos. Já

¹² DUSI, Della filiazione e dell'adozione, p. 693, apud MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**, 37. Ed., vol. 2, p. 317.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, vol. 5, pg. 3340.

para os relativamente incapazes será permitido o reconhecimento, restando, entretanto, dúvidas quanto à estes estarem ou não assistidos.

O jurista Pontes de Miranda preleciona que no reconhecimento não se trata “de contrato, mas de simples declaração unilateral de vontade, com o conteúdo de comunicação de fato”.¹⁴ Nesta linha, qualquer pessoa poderá reconhecer, exceto, os absolutamente incapazes.

Todavia, o reconhecimento voluntário de paternidade deverá observar a anuência do filho, e no caso do filho menor de idade, caberá a impugnação quando este atingir sua maioridade, conforme preleciona o art. 1614 do Código Civil.

Como sabemos, o reconhecimento de paternidade não configura negócio jurídico. Sendo assim, serão ineficazes a condição e o termo a tal ato, conforme preleciona o art. 1613 do Código Civil.

Também como características do reconhecimento voluntário de paternidade temos a irrevogabilidade, sendo que uma vez declarada a paternidade, esta não poderá mais ser revogada. Entretanto, caso haja algum vício de consentimento em tal ato jurídico, causando sua invalidade, este poderá ser objeto de ação anulatória.

Para a validade do reconhecimento, é importante que tal ato seja feito sob forma escrita, seguindo qualquer uma das formas previstas em lei.

Como efeitos do reconhecimento, temos os patrimoniais e os pessoais, retroagindo quaisquer até a data do dia do nascimento do filho, ou caso necessário, até o dia de concepção. Como exemplo destes efeitos, temos o nome do pai, nome em que o filho passará a usar com tal reconhecimento, tendo também o direito à alimentos e o direito a participar da sucessão, como qualquer outro filho.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**, vol. 3, parágrafo.220, p. 83 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**, vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 212, pg. 347.

2.3. Reconhecimento judicial: investigação de paternidade e maternidade

“O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é a ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível”.¹⁵

Conforme preleciona o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8.069/90, em seu art. 27, “ *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* ”.

Ao que tange o direito personalíssimo, a legitimidade ativa para propor a ação de investigação de paternidade pertence ao filho. Caso o filho seja menor de idade, este, poderá ser representado por sua mãe, ou nos demais casos, por seu tutor.

Há casos em que a mãe do menor de idade propõe a ação. Porém, o correto, é tal ação de reconhecimento de paternidade ser proposta pelo próprio menor, sendo este representado pela sua genitora.

Há casos em que o filho (legitimado ativo para ação) morre antes de iniciar tal procedimento. Caso isto ocorra, seus herdeiros e sucessores ficarão impossibilitados de se manifestarem, ou seja, entrar com esta demanda. Porém, se a ação já tiver sido iniciada pelo filho ainda vivo, antes de falecer, haverá a possibilidade destes continuarem a ação.

Contudo, se o filho morrer menor e incapaz, haverá a possibilidade de ser iniciada a ação de investigação de paternidade por seus herdeiros.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**, vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 212, pg. 351.

De acordo com a Lei 8.560/92, o Ministério Público também poderá atuar como parte na investigação de paternidade, isto nos casos em que forem de interesse do investigando.

Uma vez que é iniciada a ação de investigação de paternidade por parte do filho, este, se tiver interesse de desistir da ação, o poderá, porém, tal desistência, não renunciará ao direito à filiação. Caso a ação tenha sido proposta pela mãe ou tutora do menor, não haverá a possibilidade de desistência da ação.

Quando falamos da legitimidade passiva, esta recai sobre o pai. Porém, em alguns casos de ação de reconhecimento de paternidade, o demandante da ação à faz juntamente com uma petição de herança. Neste caso, tal ação deverá ser dirigida aos herdeiros do demandado (pai).

Depois de toda a investigação, haverá a sentença. Caso esta seja julgada procedente, ela fará coisa julgada também em relação aos outros filhos do demandado, uma vez que estes, não poderão mais contestar tal decisão, sendo então, o demandante, incluso como herdeiro.

Havendo procedência na sentença da ação de investigação de paternidade, tal reconhecimento terá efeito patrimonial e de cunho moral, sendo o principal efeito deste a relação jurídica de parentesco entre pai e filho, tendo seus efeitos produzidos no momento do reconhecimento.

Entretanto, em momento algum o filho ficará prejudicado com os efeitos desta decisão, uma vez que os efeitos da sentença de investigação de paternidade são “*ex tunc*”, ou seja, eles irão retroagir na data do nascimento do filho.

Tal reconhecimento independentemente de ser voluntário ou judicial, tem como característica o efeito *erga omnes*, ou seja, tal decisão é projetada para toda a nação e não somente para pai e filho. Tal relação é tida tanto para parentes ou terceiros.

Em relação à prescrição da ação, somente haverá prescrição na ação de pedido de herança, que geralmente é movida juntamente com a ação de investigação de paternidade. Já nesta, não há de se falar em prescrição, conforme exposto no art. 205 do Código Civil.

2.4. Meios de prova

Nas ações de filiação, a fim de ser comprovada a verdade e o convencimento do magistrado, todos os meios de prova serão admitidos, principalmente as provas biológicas, sendo consideradas hoje as mais importantes.

Entretanto, nem sempre as provas hematológicas eram consideradas absolutas. Estas, somente tinham este caráter em casos que tal prova tivesse como objetivo excluir a paternidade. Porém, caso o filho pertencesse ao mesmo grupo sanguíneo do pai, somente era admitido a possibilidade de uma filiação, não sendo considerada desta forma uma prova absoluta.

Contudo, com o progresso mundial e a invenção do exame de DNA (ácido desoxirribonucleico), podemos dizer que a prova da filiação pode ser dada com certeza nos casos em que tal exame for realizado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto, que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha do laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta do material. É fundamental que tal coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material

bem conservado e perfeitamente identificado. Se tais cautelas não forem tomadas o laudo pode ser impugnado, dada a possibilidade de erro.¹⁶

Tal prova genética, independentemente de sua notada importância, não é o único meio de prova para que seja comprovada a filiação. Há também outros meios de prova, como a prova documental e a testemunhal. Porém, tais provas não são absolutas, são comumente utilizadas para comprovar as provas periciais genéticas, ou até mesmo, muitas vezes para contradizê-las, sendo necessário então a realização de um novo exame genético.

A prova testemunhal embora aceita como meio de prova na ação de investigação de paternidade, deverá ser vista com cautela, devido à sua fragilidade. De acordo com o art. 405, parágrafo 2, inciso I do Código de Processo Civil, será admitida a prova testemunhal quando não for possível o uso de outro meio de prova.

Ainda no que tange a prova testemunhal, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão, o testemunho é “meio probatório válido e suficiente quando o relacionamento amoroso havido entre os genitores era público e notório”, quando não foi comprovada que havia relacionamento entre os pais na época da concepção do filho.

No que tange a semelhança física entre o suposto pai e suposto filho, estas podem ser tidas como meio de prova subsidiária para o convencimento do magistrado. Porém, evidente é a necessidade da análise de tal semelhança com outros elementos e meios de prova, não podendo sozinha, ser tida como prova de filiação.

A posse do estado de filho, também, poderá ser tida como meio de prova. Zeno Veloso, depois de dizer que “a posse de estado é a expressão mais exuberante

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**, vol. 6. São Paulo: Editor Saraiva, 212, pg. 366

do parentesco psicológico, da filiação afetiva”, afirma: “Aliás, que modo mais expressivo de reconhecimento um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, sendo o filho assim reputado pelos que convivem com ele?”¹⁷ Entretanto, como no caso anterior, tal meio de prova será subsidiário, havendo a necessidade da análise com outros meios de prova.

2.5. Exame de DNA como prova incontestável

Como vimos no capítulo anterior, dado o avanço da tecnologia científica mundial com o exame de DNA, a filiação poderá ser determinada com certeza quando houver a realização do exame, visto que “a comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirmar que o DNA é uma impressão genética”.¹⁸

Entretanto, muitas vezes, a prova pericial (exame de DNA) é recusada pelo investigado, o suposto pai. Porém, vale a ressalva de que ninguém é obrigado a fornecer seu sangue para que seja realizada tal prova. Entretanto, a recusa mesmo sendo válida, não será bem vista pelo magistrado, tornando-se desfavorável ao investigado.

Seguindo esta mesma linha, a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça indaga que caso o suposto pai se recuse a realizar o exame de DNA, haverá a presunção *iuris tantum de paternidade*.¹⁹

¹⁷ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, pg. 33-34.

¹⁸ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, pg. 108-109.

¹⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0301a0330.htm>. Acesso em 24.set.2013.

Porém, a presunção de recusa do réu não deverá ser absoluta, devendo sempre ser levado em consideração outros elementos indiciários comprovados no processo, como a comprovação da relação afetiva e sexual entre o suposto pai e a mãe, e o período deste relacionamento.

Conforme julgado abaixo, podemos analisar que a presunção *juris tantum* de paternidade somente poderá ser dada à recusa da realização do exame feita pelo pai, não cabendo extensão aos descendentes, visto que estamos falando de direito personalíssimo e indisponível.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA NÃO CONHECIDA. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. JUÍZO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA DOS DESCENDENTES AO EXAME DE DNA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 301/STJ. DEMONSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A GENITORA E O INVESTIGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME POR ESTA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO

“A presunção relativa decorrente da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, cristalizada na Súmula 301/STJ, não pode ser estendida aos seus descendentes, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível.”²⁰

Quanto ao valor de custo do exame de DNA, boa parte da população brasileira talvez não teria condições financeiras de realizar o exame devido ao seu preço elevado.

²⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp, 714.969-MS, 4º Turma, Ministro Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 04/03/2010. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8570858/recurso-especial-resp-714969-ms-2005-0001717-9>. Acesso em 24.set.2013.

Porém, o que muitos não sabem, é que a Constituição Federal assegura o direito à gratuidade da assistência judiciária nos casos em que a parte comprovar não ter recurso necessário para arcar com o valor cobrado, conforme disposto no Art. 5º, inciso LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Além de tal disposição na Constituição Federal, a Lei 10.317 de 6 de dezembro de 2001, em seu art. 3, incisos VI e LXXIV, deixou claro a gratuidade do exame de DNA quando o judiciário requerer, ou seja, caso a parte não tenha condições financeiras de arcar com o custo do exame, o juiz poderá fazer tal requerimento pedindo a gratuidade.

2.6. Projeto de Lei de n. 6.960/02, do deputado Ricardo Fiúza

Há um Projeto de Lei de n. 6.960/02, do deputado Ricardo Fiúza que sugere a alteração do Art. 1.606 do Código de Processo Civil, acrescentando no parágrafo 2, o disposto: Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese de parágrafo 4, do Art. 1.601, que indaga a imprescrição do direito do marido de contestar a paternidade dos filhos de ambos.²¹

Com tal Projeto de Lei, haverá a possibilidade de fornecer ao máximo a produção de provas, principalmente a prova pericial que consiste no caso relato ao Exame de DNA, evitando o transito em julgado da coisa julgada material, não havendo a possibilidade do autor entrar com uma nova ação.

²¹ FIÚZA, Ricardo. Projeto de Lei sob o nº 6960/02. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03684DCED56E582795631907F48E48D7.node2?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em 24.set.2013.

3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

3.1. Coisa julgada formal e material

Para o Código de 1973, o efeito principal da sentença, no plano do processo de conhecimento, era apenas “esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional”, como adverte Ada Pellegrini Grinover.²²

Atualmente, quando o Código de Processo Civil conceitua a coisa julgada, e para tanto, necessita usar a palavra sentença, esta deverá ser entendida de forma genérica, sendo qualquer decisão que julgue ou não o mérito, de forma parcial, ou total, como por exemplo, um acórdão, uma decisão interlocutória ou até mesmo a própria sentença.

De acordo com o art. 301, inciso VI do Código de Processo Civil o réu deverá arguir a coisa julgada na contestação, antes de se discutir o mérito. Porém, devido ao interesse público da coisa julgada, tal arguição poderá ser feita à qualquer momento ou até mesmo, de ofício pelo juiz.

Em se tratando de coisa julgada, o Código Civil apenas a define como material, conforme preleciona o art. 467: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

Porém, há também a coisa julgada formal no nosso ordenamento jurídico que, como na coisa julgada material, não é mais possível a interposição de recurso.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual civil**, 1974, pag. 81 e 540, 1 parágrafo apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Forense, 52 edição.

Contudo, na coisa julgada formal, a imutabilidade da sentença é tratada somente dentro do mesmo processo, ou seja, não transita em julgado, não havendo impedimento de entrar-se com uma nova ação.

Essa impossibilidade de se modificar a sentença, pode acontecer quando o recorrente perde o prazo estipulado pela lei, ou até mesmo, quando o recorrente desistir de recorrer, entre outros.

Quando falamos da coisa julgada material, para sua existência, há a necessidade de se haver um julgamento de mérito, e como acima mencionado, tal julgamento de mérito não necessita ser favorável ao autor, podendo ser em todo ou em parte, ou as vezes, em desfavor ao autor.

Com a ocorrência da coisa julgada material, o autor se torna impossibilitado de recorrer contra a sentença. Porém, tal feito, não significa que o autor perde seu direito de ampla defesa e contraditório, pois ele já teve este direito, e muitas vezes, já pleiteou seu recurso. A decisão somente irá transitar em julgado, quando houver sido esgotado os prazos para a proposição de recursos.

Conforme preleciona a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso LV, são assegurados o contraditório e a ampla defesa à outra parte, vejamos: “ *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*”

Tendo sido esgotada todas as formas de recurso, a sentença terá poder de lei nos limites do processo e da decisão, conforme o art. 468 Código de Processo Civil: “*A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”.

3.2. A Relativização da Coisa Julgada no direito brasileiro

Como já estudado no primeiro capítulo deste trabalho, a coisa julgada material não poderá ser mudada para preservarmos a segurança jurídica. Tal preocupação com a segurança jurídica e a imutabilidade das decisões surgiu no Brasil com a nossa primeira Constituição Federal.

A partir de então, a coisa julgada passou a ser entendida como absolutamente intocável, chegando a clássica doutrina afirmar que a sentença passada em julgado foi havida por verdade, fazendo do branco, preto, transformando o quadrado em redondo, alterando laços de sangue e transformando falso em verdadeiro.²³

Atualmente, no direito brasileiro, estão surgindo uma série questionamentos no que tange a relativização da coisa julgada, independentemente da propositura da ação rescisória.

E para demonstrar a possibilidade de sua relativização, o assunto mais usado é a ação de investigação de paternidade, visto que em determinados casos houve uma ação anterior á qual foi declarada que o investigado não é pai do investigante, porém, não houve o exame de DNA como meio de prova.

Como qualquer assunto polêmico, há pessoas que são contra e há pessoas que são a favor. No que tange a relativização da coisa julgada no pedido de paternidade, como um dos autores que são contra à tal relativização, Luiz Guilherme Marinoni em seu artigo online (2004-online), indaga:

(...) a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”,

²³ COUTERE, Eduardo Juan, citação retirada do estudo monográfico, “**Relativização da coisa julgada material**”, disponível em: <http://www.trt23.gov.br/servicos/ejud/RelativCoisaJulg.pdf> Acessado em 23 de setembro de 2013.

estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa “desconsideração” geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?”

(...) Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da “demora da justiça”, caminhando em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea. Aliás, dizer que a “justa indenização” ou o “interesse público” podem se sobrepor à coisa julgada material é algo difícil de compreender quando se deseja retirar os prazos deferidos à Fazenda Pública, que são costumeiramente acusados de “privilégios inconcebíveis”. (2004, online).²⁴

Entretanto, podemos dizer que boa parte dos autores no direito brasileiro são adeptos à relativização da coisa julgada, quando esta é considerada contrária aos princípios constitucionais.

Para que haja a preservação da coisa julgada nada impede que a lei diga de forma diferente, como por exemplo prever hipóteses de sua relativização ou rescisão por meio de ação rescisória. Desta forma, quando a lei ditou regras sobre a coisa julgada, ela quis tutelar a atuação do legislador contra como por exemplo extinguindo-a, e não prever sua rescindibilidade por exemplo.²⁵

Neste sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado também se pronunciou referente à este tema:

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 27.08.2004.

²⁵ DELGADO, José Augusto. **Pontos polêmicos das ações de indenização das áreas naturais protegidas, efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais**. Revista de Processo, São Paulo, 2001, pg. 14.

[...] não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorne ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.²⁶

Os juristas brasileiros adeptos à relativização da coisa julgada, argumentam-se a partir de alguns princípios, sendo estes o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da legalidade e por fim, o princípio da instrumentalidade.

De acordo com o princípio da razoabilidade, o processo não deve prevalecer sobre os direitos das partes, havendo sempre um equilíbrio entre o direito e as partes. Já pelo princípio da proporcionalidade, a coisa julgada não poderia se sobrepor sobre outros princípios que também são protegidos pela Constituição Federal, como por exemplo o princípio da dignidade humana. O princípio da proporcionalidade tem como subprincípios a adequação que indaga que os meios adotados sejam apropriados a decisão pretendida e a necessidade, subprincípio o qual trata se o meio buscado é indispensável para a busca do direito fundamental para as partes.²⁷

No que tange o princípio da legalidade, afirma a doutrina que o poder do Estado deve ser atuado com certos limites, sendo estes os limites da lei, ou seja, não podemos fazer coisa julgada material nas sentenças contrárias ao nosso direito.

²⁶ COPPIO, Flávia Sapucahy. **Relativização da coisa julgada**. Advogada, Pós-graduanda em Processo Civil pela ESA em São José dos Campos/SP, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551>>. Acesso em 23.set.2013.

²⁷ BARROS, Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, pg. 14.

Finalmente quando falamos do princípio da instrumentabilidade, este preleciona que o julgamento somente terá sentido quando ele estiver de acordo com a lei e também adequado à nossa realidade.

Desta forma, podemos concluir que a coisa julgada é um meio de se proteger a tão famosa segurança jurídica. Porém, quando a segurança jurídica bate de frente com um direito fundamental do ser humano, como o direito da dignidade humana, tal segurança jurídica deverá reanalisada, isto para que o autor da ação tenha uma resultado menos gravoso.

Contudo, tal relativização da coisa julgada material deverá ser analisada com atenção e somente em questões excepcionais, pois caso não seja aplicada desta forma, poderemos colocar em risco a estabilidade e a segurança jurídica as decisões judiciais no Brasil.

3.3. Ação Rescisória e Ação Anulatória

A Ação Rescisória e a Ação Anulatória, embora tenham em comum o objetivo de alterar decisão judicial imutável pela coisa julgada material e se for o caso, ter um novo julgamento, tais ações divergem em relação à seu cabimento ou em sua inadmissibilidade.

Conforme preleciona o art. 485, caput, do Código de Processo Civil, somente caberá ação rescisória nas sentenças de mérito, transitadas materialmente em julgado. Com isso, não é admitida ação rescisória nas sentenças terminativas, visto que estas não fazem coisa julgada material e sim tão somente coisa julgada formal, ou seja, dentro do mesmo processo.

Ainda, existem algumas decisões que não podem ser objeto da ação rescisória como as proferidas em Juizados Especiais e as proferidas em ADI, ADC e ADPF.

Importante salientar que as hipóteses de rescisão das decisões transitadas materialmente em julgado acima são taxativas, ou seja, os casos não previstos neste artigo não poderão ser admitidos como hipóteses de cabimento da Ação Rescisória.

No que tange a legitimidade da propositura da Ação Rescisória, segundo o art. 487 do Código de Processo Civil são legítimas as pessoas quem forem parte no processo ou seu sucesso a título universal ou singular, o terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público.

A Súmula 407 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) mostra a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em ação rescisória, vejamos:

Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI-II

Ação Rescisória - Ministério Público - Legitimidade "Ad Causam" A legitimidade "ad causam" do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas "a" e "b" do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas. (ex-OJ nº 83 - inserida em 13.03.02)

Referências: - Art. 487, III, "a" e "b", Ação Rescisória - Processo nos Tribunais - Processo de Conhecimento - Código de Processo Civil - CPC - L-005.869-1973 ²⁸

É importante destacar que de acordo com o art. 495 do Código de Processo Civil: "o direito de propor ação rescisória se extingue em 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão". Desta forma, depois de ultrapassando o prazo

²⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 407. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-407>. Acesso em 24.set.2013.

decadencial de dois anos, não será mais admissível a propositura da Ação Rescisória.

Em relação ao cabimento da Ação Rescisória, nos casos de já ter havido uma decisão transitada em julgado materialmente no reconhecimento de paternidade, tem a jurisprudência, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitido o ajuizamento de tal ação, considerando o exame de DNA como documento novo, de acordo com o art., 485, inciso VII do Código de Processo Civil.

AÇÃO RESCISÓRIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. - O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se "documento novo" para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. - Rescisória procedente.²⁹

(TJ-MA - AR: 162942007 MA , Relator: MILSON DE SOUZA COUTINHO, Data de Julgamento: 23/12/2008, CAXIAS)

A Ação Anulatória, de acordo com o art. 486 do Código de Processo Civil, somente terá seu cabimento para “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou que em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Com isso, será cabível Ação Anulatória nos atos jurídicos absolutamente nulos e os relativamente nulos. De acordo com o art. 166 do Código Civil atual, o negócio jurídico será nulo quando seu objeto for ilícito, possível e indeterminado, quando duas pessoas tiverem um motivo ilícito, quando celebrado por pessoas incapazes, quando não respeitar a forma da lei, quando desrespeitada alguma

²⁹ Brasil. TJ-MA - AR: 162942007 MA , Relator: MILSON DE SOUZA COUTINHO, Data de Julgamento: 23/12/2008, CAXIAS.

solenidade essencial para a validade no negócio jurídico, quando o seu objetivo ir contra uma lei imperativa ou quando a própria lei o declarar nulo.

Em relação aos atos jurídicos, de acordo com os arts. 171 e 167 do Código Civil, o negócio jurídico poderá ser anulado quando praticado por pessoas relativamente incapazes, ou por vício que resulta do erro, dolo, coação, simulação, fraude contra credores e vício resultante de lesão ou estado de perigo.

Em relação ao prazo prescricional da Ação Rescisória, conforme preleciona a lei, este será aquele concernente ao direito invocado, isto é, variável conforme o caso. O negócio jurídico absolutamente nulo não caberá prazo prescricional (a doutrina diverge quanto este assunto, tendo alguns entendimentos que caberá prescrição), já o relativamente nulo deverá ser invocado na primeira oportunidade, tendo como pena de sua não invocação a preclusão e a perda do direito da parte de entrar com Ação Anulatória.

Do exposto, conclui-se que a Ação Anulatória e a Ação Rescisória devem ser usadas de acordo com a lei e com o máximo de cautela, visando modificar as decisões arbitrárias e com desconformidade do interesse público.

Entretanto, nas ações de investigação de paternidade abordadas neste trabalho, como revisão da decisão transitada em julgado materialmente, a parte interessada não poderá entrar com Ação Anulatória, visto não se tratar de uma sentença de mérito. Já em relação à Ação Rescisória, conforme exposto acima, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o seu ajuizamento. Contudo, deverá ser levado em conta seu prazo decadencial de 2 anos.

Dessa forma, nas ações de investigação de paternidade em que não foram produzidos todos os meios de provas necessários, será importante a relativização da coisa julgada, visando proteger a dignidade da pessoa humana e o direito à filiação.

3.4.A relativização da coisa julgada como meio de justiça

Como estudado neste trabalho de graduação interdisciplinar, não há dúvidas que a coisa julgada material traz segurança jurídica para o processo. Contudo, em determinados casos, a segurança jurídica não deve sobrepor outros direitos fundamentais do ser humano, como por exemplo, o direito à filiação.

Atualmente, grande parte da doutrina e da jurisprudência é adepta a relativização da coisa julgada na investigação de filiação quando a ação anterior foi julgada improcedente por insuficiência de provas da paternidade biológica, alegando não fazendo coisa julgada nos casos que por inércia do juiz, do advogado, ou até mesmo pela impossibilidade das partes de arcarem com as despesas dos meios de prova, não forem exauridos todas as possibilidades.³⁰

No que tange a coisa julgada, esta existe para que haja segurança nas relações jurídicas, jamais para passar por cima da justiça tão esperada por todos.

Com o aparecimento do exame imunológico (DNA), tal prova pericial hoje é o principal meio de prova a ser realizado. Este exame cada dia que passa traz mais clareza e certeza quanto à paternidade, quanto a verdade biológica do investigando.

Cristiano Chaves de Farias indaga sobre a importância e o não uso do exame de DNA nas investigações de paternidade por parte do juiz, vejamos:

(...) deixar o juiz de usar a prova pericial de determinação científica da paternidade biológica pelos recursos da pesquisa genética DNA, cujo percentual de certeza atinge a 99,99999%, equivale a desprezar o princípio da verdade real tão caro ao regime atual de tutela à filiação. Por que se contentar em julgar, nas ações relativas à paternidade, à luz de precários e vetustos meios indiciários de prova, quase sempre pouco concludentes,

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. Porto Alegre: Revista brasileira de direito de família. Vol. 4, 2002, pg. 95.

embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. É com o espírito de servir à causa da verdade que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito”.³¹

Assim, se as decisões buscam a verdade real e em uma sentença de investigação de paternidade não obtemos tal verdade, então, não podemos falar na coisa julgada material.

Na ação investigatória, a paternidade biológica não é somente interesse do pai ou filho, mas também é interesse de toda a sociedade. Neste sentido, a prova a ser produzida deve ser a que chegue mais perto da absoluta certeza, ou seja, a prova pericial que pode retirar quaisquer dúvidas existentes nos autos do processo como o exame de DNA.

Porém, na ação de investigação que não houver sido realizado o exame de DNA, e com base em outras provas ser prolatada sentença decidindo que o investigado não é pai do investigando, tal decisão não deverá ser mudada devido à segurança jurídica? Qual o interesse que deve prevalecer, o princípio da dignidade humana juntamente com o direito à filiação, um direito fundamental à identidade da pessoa humana, ou a segurança jurídica das relações processuais?

O princípio da dignidade humana é o valor supremo na ordem jurídica, e correto está interpretar as normas constitucionais levando sempre em consideração o direito da criança e do adolescente bem como sua dignidade, o direito do convívio familiar que este filho poderá ter. Com isso, entre a segurança jurídica das relações

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. Porto Alegre: Revista brasileira de direito de família. Vol. 4, 2002, pg. 95.

processuais e a dignidade da pessoa humana, devemos relativizar a coisa julgada nas investigações de filiação em que a paternidade foi excluída.

Neste sentido, a nossa jurisprudência esta se consolidando referente à relativização da coisa julgada quando não houve a realização do exame de DNA:

“APELAÇÃO CIVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. AÇÃO ANTERIOR JULGADA IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA.

(...) Mesmo que tenha sido proposta anteriormente outra ação investigatória, que foi julgada improcedente por falta de provas, pois, na época, ainda não havia o exame de DNA, constitui entendimento jurisprudencial pacífico no STJ que se trata de direito personalíssimo e que, em tal hipótese, a coisa julgada deve ser relativizada (...).

Recurso improvido.”³²

Na mesma linha de entendimento da nossa jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça é pacífico acerca da relativização da coisa julgada nos casos em que a ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada não foi realizado o exame de DNA:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. 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,

³² Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil N.º 70035568898, 8ª Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010, apud Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 09/06/2011, 8 Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19813359/apelacao-civel-ac-70041243189-rs/inteiro-teor-19813360>. Acesso em 24.set.2013.

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.

II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA E DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade’.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.” (Resp n.º 226.436/PR, 4ª Turma, STJ, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28/6/2001) (grifei).³³

Assim, conforme podemos ver no decorrer deste trabalho, de um lado temos a coisa julgada material juntamente com o princípio da segurança jurídica das relações processuais, princípio o qual defende a imutabilidade das decisões judiciais, combatendo uma possível reformulação.

De outro lado, temos o princípio da dignidade humana respaldado pela nossa Constituição da República Federativa do Brasil, princípio o qual engloba o direito à filiação, o direito do filho saber quem é seu verdadeiro pai, seu pai biológico, podendo ser dado pelo exame de DNA.

³³ Brasil. Supremo Tribunal de Justiça. Resp. n.º 226.436/PR, 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28/6/2001. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/298922/recurso-especial-resp-226436-pr-1999-0071498-9>>. Acesso em 24.set.2013.

Desta forma, com a relativização da coisa julgada nos casos em que foram deixadas dúvidas, incertezas ou até mesmo quando o caso não foi solucionado, haverá a possibilidade de ser alcançada a justiça tão esperada pelo filho, a justiça de não tão somente ter direito à herança, mas como ter o “sobrenome do seu verdadeiro pai”, o convívio familiar, à filiação.

CONCLUSÃO

Com a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, não haverá o desrespeito a coisa julgada material tão menos à segurança jurídica das relações processuais, mas sim haverá o reconhecimento do princípio da dignidade humana que está acima de todo formalismo jurídico que devemos respeitar, conforme dispõe a Constituição Federal.

O direito à filiação como um dos direitos da personalidade é de suma importância para que o homem possa saber sua verdadeira identidade genética, e para tal direito ser respeitado, importante está a autoridade competente levar em consideração o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Contudo, a coisa julgada deverá ser respeitada quando esta trazer segurança jurídica às decisões, quando ela proteger um direito, e não ser respeitada quando esta bater de frente com um direito da personalidade, como por exemplo o direito de um filho saber quem é seu verdadeiro pai.

Com isso, este trabalho defende a relativização da coisa julgada aplicada juntamente com o princípio da proporcionalidade dos fatos, buscando sempre a tão almejada justiça. Desta forma, o filho poderá propor uma ação para investigar seu pai biológico nos casos em que todas as provas não foram exauridas ou quando o exame de DNA não foi realizado, buscando sempre o direito à filiação e a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos**. Livraria do Advogado. 2001.

BARROS, Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula 149. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 24.set.2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0301a_0330.htm>. Acesso em 24.set.2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp, 714.969-MS, 4º Turma, Ministro Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 04/03/2010. Disponível em
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8570858/recurso-especial-resp-714969-ms-2005-0001717-9>. Acesso em 24.set.2013.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 407. Disponível em <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-407>. Acesso em 24.set.2013.

Brasil. TJ-MA - AR: 162942007 MA , Relator: MILSON DE SOUZA COUTINHO, Data de Julgamento: 23/12/2008, CAXIAS.

Brasil. Supremo Tribunal de Justiça. Resp. n.º 226.436/PR, 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28/6/2001. Disponível em <
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/298922/recurso-especial-resp-226436-pr->

1999-0071498-9>. Acesso em 24.set.2013.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil N.º 70035568898, 8ª Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010, apud Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 09/06/2011, 8 Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19813359/apelacao-civel-ac-70041243189-rs/inteiro-teor-19813360>. Acesso em 24.set.2013.

COPPIO, Flávia Sapucahy. **Relativização da coisa julgada**. Advogada, Pós-graduanda em Processo Civil pela ESA em São José dos Campos/SP, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551>>. Acesso em 23.set.2013.

COUTERE, Eduardo Juan, citação retirada do estudo monográfico, “**Relativização da coisa julgada material**”, disponível em: <http://www.trt23.gov.br/servicos/ejud/RelativCoisaJulg.pdf> Acesso em 23.set. 2013.

DELGADO, José Augusto. **Pontos polêmicos das ações de indenização das áreas naturais protegidas, efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais**. Revista de Processo, São Paulo, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 18 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DUSI, Della filiazione e dell'adozione, p. 693, apud MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**, 37. Ed., vol. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação**. Porto Alegre: Revista brasileira de direito de família. Vol. 4, 2002.

FIÚZA, Ricardo. Projeto de Lei sob o nº 6960/02. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03684DCED56E582795631907F48E48D7.node2?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em 24.set.2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo **Curso de direito civil**. Parte geral. 2 edição. Revista atual e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, volume 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 06, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual civil**, 1974, pag. 81 e 540, 1 parágrafo apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Forense.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “**relativização**” da coisa julgada **material**”. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 27.08.2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves, 2 edição. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**, vol. 3, parágrafo.220, p. 83 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**, vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 212.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro: Editora

Forense, 2004, vol. 5.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28 edição, v. 06. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SARLET, Ivo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE GRADUAÇÃO
INTERDISCIPLINAR (TGI)**

|

Eu, Débora Aparecida Pereira Terra, auna regularmente matriculada no Curso de Direito, na disciplina do TGI da 9ª etapa, matrícula nº 40909107, noturno, 9º T, tendo realizado o TGI com o título: Coisa julgada no pedido de paternidade, sob a orientação do professor Hamid Charaf Bdine Júnior, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Graduação Interdisciplinar (TGI), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

Assinatura do(a) aluno(a)