

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem, dentre os seus objetivos, a busca pela paz social e pelo bem estar coletivo. E, existindo conflitos de interesses, cabe ao Poder Judiciário, uma vez invocado, pacificar os conflitos existentes, apresentando uma resposta ao caso concreto por meio de uma decisão judicial. Esta decisão, uma vez transitada em julgada, e não passível de recursos, tem força de lei entre as partes, alçando *status* de decisão imutável, denominada pela doutrina de coisa julgada material.

Assim, é a coisa julgada que, em regra, dá aos litigantes a segurança necessária, pois uma vez proferida uma decisão, não cabe mais uma nova discussão acerca do direito já manifesto. Daí, a preocupação do ordenamento jurídico em consagrar a coisa julgada, como decisão que se torna imutável e indiscutível em outro processo.

Percebe-se, portanto, que é a coisa julgada importante instrumento na busca da segurança jurídica. Logo, é um dos sustentáculos da paz e da ordem social, pois não permite que discussões judiciais se eternizem pela perpetuação de demandas.

Ocorre que o Direito é uma ciência dinâmica, e sofre constantemente influência das inúmeras mudanças por que passa a sociedade. Tal fato, somando às transformações profundas por que passou o Direito de Família nos últimos tempos faz questionar a imutabilidade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, principalmente se considerada a busca da verdade real e a importância do exame de DNA como meio de prova.

Ademais, se de um lado está o princípio da segurança jurídica como fundamento à imutabilidade da coisa julgada, de outro há o princípio da dignidade humana, do melhor interesse da criança, o direito ao conhecimento da verdade real e da paternidade biológica como direito da personalidade.

Nas ações de investigação de paternidade não pode haver uma interpretação estrita do princípio da segurança jurídica. É sabido que não há diferença hierárquica entre os princípios constitucionais, ou seja, não se pode apontar um como mais ou menos importante do que outro, mas deve-se observar qual o princípio mais adequado em determinadas situações.

Nesse contexto, as questões inerentes à determinação ou exclusão da paternidade devem ser analisadas pelo Poder Judiciário não sob a égide da coisa julgada como verdade imutável, mas sim considerando a complexidade das relações sociais e os avanços médico-científicos, pois eternizar decisões judiciais injustas, e que afrontam princípios constitucionais não se coaduna com a atual ordem constitucional, além de ser flagrante desrespeito, repita-se, ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Não se pode ignorar, ainda, que o advento do exame de DNA alterou consideravelmente o sistema probatório nas ações de investigação de paternidade, e se antes o julgador proferia uma decisão com base em presunções, testemunhos, hoje o faz com base em um exame científico capaz de determinar com clareza a paternidade. Logo, a verdade real é facilmente alcançada, e é possível estabelecer a paternidade com precisão, afastando injustiças.

Destarte, é preciso reconhecer a importância do exame de DNA não apenas para as questões levadas à apreciação do Judiciário na atualidade, mas também rediscutir ações que não esgotaram os meios de prova, seja porque ajuizadas antes do advento do exame de DNA, ou pela falta de recursos das partes envolvidas, como meio de assegurar a busca da verdade real.

Ocorre que a relativização da coisa julgada não é questão pacífica, pois há claro conflito de princípios constitucionais, em especial o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto é que se invoca a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de conciliar, na análise do caso concreto, tais princípios, sem ignorar, ainda, a constituição da paternidade socioafetiva.

Resta claro a necessidade de se traçar uma análise acerca da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, uma vez que o exame de DNA permite o conhecimento da paternidade biológico com alto grau de certeza, de modo identificar a permanência da coisa julgada uma vez comprovada que a decisão transitada em julgado é injusta, e afronta, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso o presente estudo tem como objetivo traçar uma análise acerca da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, visando consagrar a dignidade da pessoa humana.

O problema da seguinte pesquisa é como conseguir relativizar os efeitos da coisa julgada material na ação de investigação de paternidade, sem que isto afronte a Constituição Federal, mais especificamente, o princípio da segurança jurídica.

Esta pesquisa representa um importante ganho intelectual, pois me permitirá pesquisar em várias áreas do Direito, como por exemplo, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil, além de representar um ganho jurídico importante, no sentido de fortalecer a corrente de operadores do Direito que lutam para que a verdade real seja sempre o objetivo principal da prestação jurisdicional.

A metodologia de desenvolvimento da pesquisa se dará da seguinte forma: durante todo o processo de estudo, a revisão bibliográfica terá como marca fundamental a proximidade do marco teórico para a demarcação do que se constituirá como bibliografia básica e complementar; visões doutrinárias e artigos publicados sobre o tema estudado, com conceitos de coisa julgada, evolução dos estudos sobre genética e a atual situação, conceitos de princípio da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana; abordará conflitos existentes entre a relativização da coisa julgada material e o princípio da segurança jurídica; e finalizando com um levantamento de uma possibilidade de se relativizar a coisa julgada material, através de um remédio processual que não seja considerado inconstitucional.

Dentre os instrumentos colocados à disposição das partes para questionar a imutabilidade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade encontra-se a *querela nullitatis*, como defende Alexandre Freitas Câmara,¹ cujos ensinamentos são adotados como marco teórico do presente estudo. Defende o autor que negar o direito de se conhecer a paternidade biológica, ou atribuir erroneamente, afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Assim, é a *querelas nullitatis* a ação a ser manejada ante o vício inconstitucional existente nas ações de investigação de paternidade que não esgotaram os meios de prova e, conseqüentemente, não alcançaram a verdade real, de modo a garantir a determinação precisa da paternidade biológica e, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 468.

Para tanto, divide-se o presente estudo em cinco capítulos. No primeiro são traçadas considerações iniciais.

O segundo capítulo aborda-se a coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, analisando a classificação doutrinária que divide a coisa julgada em material e formal, os limites da coisa julgada e a denominada coisa julgada inconstitucional.

No terceiro capítulo aborda-se sucintamente o instituto da paternidade sob a perspectiva da filiação, tecendo comentários acerca da filiação biológica, jurídica e socioafetiva.

No quarto capítulo é exposta a questão da relativização da coisa julgada em face dos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

No quinto e último capítulo é enfrentado o problema da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, quando se aborda a importância do exame de DNA na instrução probatória, bem como o instrumento da *querela nullitatis* como ação a ser manejada para a desconstituição da coisa julgada quando não esgotados os meios de prova.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar as conseqüências da busca da verdade real, por meio do exame de DNA, nas ações de foram julgadas antes do advento do exame ou que, após o seu surgimento, não tiveram esgotados os meios de prova, e assim afrontam princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “filiação”, de “coisa julgada material”, o termo “relativização”, e, por fim, o instituto da “*querela nullitatis*”, os quais se passam a explicar a partir de então.

Por filiação entende-se a “relação de parentes consangüíneos, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado”.²

Por sua vez, coisa julgada material entende-se a decisão cuja eficácia torna imutável e indiscutível as questões, dentro do processo e em outros, uma vez que não mais passível de recurso ordinário ou extraordinário.³

Relativização nada mais é do que a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada.

E, por fim, a *querela nullitatis* é uma ação ordinária, caracterizada como remédio processual adequado a ser utilizado para anular vícios insanáveis no processo, através da desconstituição da coisa julgada inconstitucional.⁴

2 A COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o advento da Constituição da República de 1988 a coisa julgada foi consagrada no ordenamento jurídico como imutável, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, que dispõe: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁵

O conceito de coisa julgada, por sua vez, é encontrado na LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu art. 6º, § 3º a define como a “decisão judicial de que não caiba recurso”, ou seja, a decisão que se torna imutável e indiscutível em outro processo.⁶

² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 228.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 463.

⁴ ANDRADE, Rosana Dias. *Querelas Nullitatis Insanabilis*. In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009, p. 984.

⁵ CAHALI, Yusef Said (Org.). **Constituição Federal, código civil, código de processo civil**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 06.

⁶ *Idem*, p. 210.

Não há como negar, portanto, que no ordenamento jurídico pátrio a coisa julgada é elemento de existência do Estado Democrático de Direito, como defende Nery Júnior.⁷

No Direito Romano, embora não fosse atribuída à sentença presunção de verdade, já que proferida por um juiz, havia grande respeito pela decisão imutável proferida em um processo, onde a coisa julgada era concebida como exigência de certeza e segurança no gozo dos bens da vida.⁸ Logo, para os romanos o bem da vida julgado se tornava incontestável, ou seja, insuscetível discussão em novo processo.

Ao contrário do Direito Romano, o Direito Medieval reconhecia na coisa julgada a presunção da verdade do conteúdo da sentença, consagrado na máxima de “a coisa julgada faz do preto branco, do quadrado redondo”.⁹

Embora haja divergência na forma de conceber o conteúdo da sentença e, por conseguinte, a coisa julgada, percebe-se caráter meramente prático, uma vez que objetivava resguardar ao vencedor da demanda o bem jurídico reconhecido na sentença proferida pelo juiz.

O conceito de coisa julgada defendido por Chiovenda reflete bem essa concepção, pois defende ser o instituto “a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”.¹⁰

Repita-se que, no conceito acima, encontra-se a preocupação assinalada, qual seja, de que a coisa julgada reflita para vontade da lei, segundo a interpretação do julgador, e resguarde os direitos das partes reconhecido na decisão, como medida de segurança.

Liebman, porém, revolucionou o conceito de coisa julgada, defendendo tratar-se apenas de uma qualidade especial dos efeitos da sentença, seja ele declaratório, condenatório ou constitutivo. Por isso, conceitua a coisa julgada como “a imutabilidade do comando emergente da sentença”,¹¹ não sendo apenas a

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19.

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 317.

⁹ *Idem*.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 374.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

imutabilidade ou intangibilidade do pronunciado pelo julgador, pois ainda afeta o seu conteúdo e torna imutável o efeito do próprio ato.

Nesse diapasão, uma vez proferida uma decisão, e não mais passível de recurso, o ordenamento jurídico reconhece a sua imutabilidade, somente podendo ser atacada nas taxativamente previstas em lei por meio de ação rescisória.

Tal raciocínio é bastante claro principalmente quando se analisa o processo como instrumento público, onde a lei é aplicada aos casos concretos, culminando na emanção de um ato de vontade que condena ou absolve uma das partes em face da outra.¹²

Ademais, deve-se estabelecer um sistema processual com vistas na garantia efetiva do direito e da justiça, sem ignorar a garantia da estabilidade das relações jurídicas, o que se denomina de segurança jurídica, característica essencial à convivência social.

Ocorre que ao longo dos últimos anos a busca da tutela jurisdicional passou a ser ressaltada, principalmente após o advento da Constituição Federal, que assegurou a todos o acesso a justiça, o que fez questionar a efetividade e eficácia dessa tutela. Logo, conceitos e dogmas, dentre eles a coisa julgada, passaram a ser revisados, e o ideal de justiça confrontado com princípios como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Porém, para melhor compreender essa mudança na forma de conceber os institutos, e principalmente diante de questionamentos como a imutabilidade absoluta da coisa julgada, é que se faz necessário compreender um pouco mais o instituto, pois se de um lado a coisa julgada é tida como garantia que o Estado concede às partes uma vez esgotados os recursos para modificar uma sentença, de outro se tem a busca pela justiça, busca esta que não pode ser ilimitada, sob pena de se instaurar a instabilidade dos direitos e não assegurar o gozo dos bens da vida.¹³

Não há como negar que a segurança jurídica que a coisa julgada representa tem fundamento político e de ordem prática, visando atender as exigências sociais e impossibilitar que as partes pleiteiem reiteradamente o pronunciamento do Poder Judiciário por achar uma decisão injusta. Ora, é sabido que ao pronunciar-se o julgador, na maioria dos casos, contraria uma das partes ao declarar a existência ou

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 447.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.*, p. 322.

inexistência de um determinado direito. Logo, é o instituto da coisa julgada uma forma de propiciar a segurança jurídica, e possibilitar as partes litigantes o exercício dos direitos.

Ocorre que em determinadas situações a decisão é flagrantemente errada ou injusta, e embora haja um pronunciamento do julgador, e encontrem-se esgotadas as vias recursais, a parte se vê insatisfeita, e embora haja a coisa julgada, não se instaura a segurança jurídica. Nesse cenário é que a relativização da coisa julgada vem ganhando espaço, e no presente estudo é enfrentada nas situações relativas às ações de paternidade. Porém, para melhor compreensão do tema, é importante tecer algumas considerações sobre a coisa julgada e a sentença transitada em julgado, os conceitos de coisa julgada material e forma, bem como os limites da coisa julgada, o que se passa a fazer agora.

2.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material

Outra distinção que se faz necessária para o enfrentamento do problema de pesquisa é a análise dos conceitos de coisa julgada forma e coisa julgada material, compreendidos como aspectos da imutabilidade das decisões judiciais.

No Direito Romano não havia qualquer distinção entre a coisa julgada forma e a coisa julgada material, pois a sentença era concebida como a decisão que, acolhendo ou não os pedidos, punha fim à lide, tornado a questão indiscutível.¹⁴

Já na Idade Média surgiu a distinção quanto às sentenças, que passaram a ser classificadas como definitivas, quando decidiam a questão principal levada à apreciação dos juízes, e sentenças interlocutórias, proferidas nas questões incidentes.¹⁵ Surgiu então os conceitos de coisa julgada formal e material, como meio de justificar a imutabilidade da decisão no mesmo processo em que foi prolatada, ou em outro processo, partindo da natureza da sentença, se definitiva ou interlocutória.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta o conceito de coisa julgada material no art. 467 do CPC, sendo aquela cuja eficácia torna imutável e indiscutível a sentença desde que não mais passível de recurso ordinário ou extraordinário.

¹⁴ *Idem*, p. 317.

¹⁵ *Idem*.

Humberto Theodoro Júnior critica o conceito do art. 467 do CPC e defende que vai de encontro à teoria de Liebman, já que defende ser a coisa julgada apenas uma qualidade da sentença, consubstanciada na manifestação dos efeitos imutáveis e indiscutíveis.¹⁶

Não se pode ignorar que realmente o legislador se equivocou ao conceituar a coisa julgada material no artigo supracitado, pois o que torna imutável e indiscutível a sentença é o trânsito em julgado da decisão, ou seja, o exaurimento do duplo grau de jurisdição e/ou impossibilidade de recursos. Logo, não seria um efeito da coisa julgada.

Egas Moniz Aragão, ao enfrentar a teoria da coisa julgada, defende a dupla função do instituto, em seu aspecto material: a função positiva consiste em por fim à lide, proporcionando um resultado aos litigantes; e a função negativa, consistente na proibição dirigida ao Estado de julgar novamente as demandas já encerradas e transitadas em julgado.¹⁷

No tocante ao conceito de coisa julgada formal, não se preocupou o legislador em defini-la, cabendo a doutrina tal definição. Logo, é concebida como a imutabilidade da decisão no seio do processo que a proferiu, seja por inexistência de meios de impugnações ou falta de recursos legalmente previstos.

Humberto Theodoro Júnior aponta que todas as sentenças fazem coisa julgada formal, pois impedem a alteração do resultado processual, caracterizada pela preclusão máxima. E assim acrescenta:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.¹⁸

Egas Moniz de Aragão critica a utilização da expressão coisa julgada formal, pois visa designar fenômeno de outra natureza, já que “a res não está sendo julgada

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 463.

¹⁷ ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 46.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 463.

e não podem, portanto, constituir coisa julgada”.¹⁹ Ou seja, se não houve decisão de mérito, o que ocorre é tão somente a preclusão, e se assim concebido, segundo o autor em comento, a compreensão do instituto da coisa julgada seria facilitado, pois se restringiria ao que se denomina coisa julgada material.²⁰

Não obstante a crítica apontada, prevalece a distinção em comento, sendo o ponto diferenciador entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal um fenômeno de ordem interna, arraigado à decisão como um ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra, ante a preclusão, ao passo que a coisa julgada material é caracterizada pela imutabilidade dos efeitos da sentença, que passam a acompanhar as pessoas ainda após a extinção do processo, e que somente pode ser atacada via ação rescisória.

2.2 Limites da coisa julgada

A análise dos limites da coisa julgada também é importante para a compreensão do problema de pesquisa, que é a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, e que é um dos pontos mais tormentosos do instituto.

É sabido que o processo é o instrumento através do qual o Estado se pronuncia na solução dos conflitos de interesse, como se percebe da análise do art. 468 do CPC, que dispõe ser a sentença que julga total ou parcialmente a lide revestida de força de lei, nos limites da lide e das questões decididas.

Logo, por força do artigo em comento, são limites objetivos da coisa julgada os limites da lide e as questões decididas naquele processo. Ou, em outras palavras, como defende Humberto Theodoro Júnior, o limite objetivo da coisa julgada é o pedido apreciado na sentença.²¹

É importante ressaltar, neste ponto, que a sentença é composta de relatório, motivação e dispositivo. Por força do disposto no art. 93 da Constituição Federal, é nula toda e qualquer decisão não motivada, o que faz compreender, num primeiro

¹⁹ ARAGÃO, Egas Moniz. *Op. cit.*, p. 145.

²⁰ *Idem.*

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 464.

momento, como de suma importância da motivação da sentença, já que nela encontra-se a explanação daquilo que foi decidido pelo julgador.

Ocorre que o Código de Processo Civil, em seu art. 469, expressamente assevera não fazer coisa julgada os motivos, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

Da leitura desse artigo percebe-se que seria, então, o dispositivo da sentença a parte destinada à consolidação da coisa julgada. Assim, percebe-se que o legislador não atribuiu a sentença, como um todo, os efeitos da coisa julgada. Logo, não fazem parte da coisa julgada a atividade desenvolvida pelo juiz para preparar (relatório) e justificar (motivação) a parte dispositiva da sentença. Logo, o comando concreto proferido pelo julgador no dispositivo da sentença é que faz coisa julgada.²²

Nessa mesma linha de entendimento também se encontra Humberto Theodoro Júnior:

Os motivos, ainda que relevantes para a fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não recobrem do manto da intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta. O juiz, para julgar, exerce processualmente dois tipos de atividades: a) a cognição a respeito de tudo que, no plano lógico, for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e b) a decisão, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redundará na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. É na decisão que se situa a autoridade da *res iudicata*, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarar.²³

Essa análise faz perceber que se os motivos não fazem coisa julgada, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, também não o faz, tudo por força do art. 469 do Código de Processo Civil. Assim, um fato tido como verdadeiro em determinado processo, pode não se apresentar com as mesmas características em outro, ou mesmo ver demonstrada a sua inverdade, sem, contudo, atingir a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual.

Nesse contexto, em um segundo julgamento versando sobre os mesmos fatos, ainda que anteriormente tenha o julgador a ele se referido para resolver

²² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.*, p. 328.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 472.

questões diversas, pode ser proferida decisão distinta daquela, sem, contudo, autorizar que as partes envolvidas no primeiro processo o reabram a fim de demonstrar as inverdades do fato e, conseqüentemente, desconstituir a coisa julgada, uma vez que os motivos/fundamentação não fazem coisa julgada por força de lei.²⁴

Também não faz coisa julgada, como aponta Carreira Alvim, a apreciação de questão incidental ou prejudicial no processo, ou seja, aquelas questões que se referem a fatos anteriores e relacionados à lide, como por exemplo o domínio da coisa numa ação de indenização de danos, a sanidade mental do devedor ao tempo da constituição da dívida numa ação de cobrança, ou a relação de paternidade numa ação de alimentos.²⁵

A justificativa para que tais questões não façam coisa julgada é o fato de não dizerem respeito diretamente ao litígio, por na integrarem a parte dispositiva da decisão, já que serão apreciadas na fundamentação. Esses são, portanto, os limites objetivos da coisa julgada.

No tocante aos limites subjetivos da coisa julgada, é importante ressaltar que, ao contrário dos limites objetivos, não é tão fácil de identificar, pois prescinde da identificação das pessoas atingidas pelos efeitos da sentença e, conseqüentemente, pelos efeitos da coisa julgada.

Visando por fim à esse problema, é que se busca definir a posição de terceiro em relação às partes processuais e, uma vez superada essa fase, passam a sistematizar quais os efeitos da sentença atingem direta ou indiretamente outros senão as partes envolvidas na lide.

Para tanto, fez-se necessário estabelecer a distinção entre a sentença e a coisa julgada, uma vez que os efeitos da sentença podem eventualmente atingir pessoas alheias à lide.

Isso se deve, ainda, porque a coisa julgada não é mais concebida como efeito da sentença, mas sim como qualidade consubstanciada na imutabilidade atribuída aos efeitos condenatórios, declaratórios e constitutivos da decisão. Logo, os efeitos a sentença que se restringem às partes, pode eventualmente atingir terceiros, ao

²⁴ *Idem.*

²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.*, p. 336.

passo que a imutabilidade da decisão judicial, enquanto qualidade dos efeitos da sentença, atinge tão somente as partes.

Tal regra encontra-se inserta no art. 472 do Código de Processo Civil, que dispõe que a sentença faz coisa julgada entre as partes às quais é dada, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros.

Nesse sentido são os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

Não quer dizer que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. “Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos”. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que, apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transita em julgado. Assim, determinado credor, embora estranho à lide, não pode pretender ignorar a sentença em favor de outrem que condenou seu devedor, desfalcando o patrimônio que lhe servia de garantia comum. O prejuízo que não se alcança com a coisa julgada é o jurídico (a negação de um direito do terceiro, ou a restrição direta a ele) e não o simplesmente de fato (caso de diminuição do patrimônio do devedor comum).²⁶

Isso se deve porque ninguém deve ser constrangido a sujeitar-se à autoridade da coisa julgada, desde que oriunda de processo no qual não teve participação, “como tal considerado aquele que não foi oportunamente citado, notificado, intimado”, pois a eficácia natural vale para todos, como ocorre em qualquer ato jurídico, enquanto a autoridade da coisa julgada deve atingir apenas as partes litigantes no processo.²⁷

2.3 Coisa julgada inconstitucional

Para enfrentar o problema da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, é importante analisar a denominada coisa julgada inconstitucional.

É sabido que a Constituição de um Estado configura verdadeira certidão de nascimento deste, e tem o escopo de dispor sobre as premissas que uma nação

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 476-477.

²⁷ ARAGÃO, Egas Moniz. *Op. cit.*, p. 304.

deve seguir, expondo as opções políticas a serem observadas pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Logo, todas as normas integrantes do ordenamento jurídico devem estar em consonância com a Constituição.

A hierarquia decorrente da construção escalonada do ordenamento jurídico foi elaborada por Hans Kelsen, e foi ao longo dos tempos defendida por vários jusfilósofos, dentre eles Norberto Bobbio, que a define como a existência de normas superiores e inferiores onde a última depende da primeira, sendo esta denominada de norma fundamental.²⁸

Desta feita, a base da teoria escalonada do ordenamento jurídico é a norma fundamental do Estado, ou seja, a Constituição. E, no ordenamento jurídico pátrio a norma fundamental vigente é a Constituição Federal de 1988, da qual os poderes do Estado, dentre eles o Judiciário, retiram sua força e validade.

Nesse contexto, é de raciocínio lógico que quando os atos proferidos pelo Poder Judiciário contrariem a Constituição Federal, dela se destoando, não poderão prevalecer, uma vez que não tem força por discordar da norma fundamental.

Jorge Miranda, ao dissertar sobre a questão em comento, defende que tudo que é feito pelo Estado deve estar em consonância com a sua Constituição, onde a “relação positiva da norma ou do ato com a Constituição envolve validade, o contraste, e a relação negativa implica em invalidade”.²⁹

Assim sendo, a teoria da coisa julgada inconstitucional nada mais é que uma decisão que tenha alcançado o trânsito em julgado e violado um preceito ou princípio constitucional.

Ao dissertar sobre o tema Paulo Otero define a coisa julgada inconstitucional como a “decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional”.³⁰ Para este autor a coisa julgada inconstitucional tem como fundamento que a Constituição de um Estado é sua norma fundamental, e que nenhum ato que a afronte possui validade.

Paulo Roberto de Oliveira Lima, por sua vez, defenda a teoria da coisa julgada inconstitucional sob outro fundamento, qual seja, o de que a coisa julgada

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. São Paulo: Malone, 2006, p. 49.

²⁹ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1999.

³⁰ OTERO, Paulo. **A coisa julgada inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 65.

não pode sobrepor o princípio da legalidade que tem status de cláusula pétrea não podendo ser desrespeitado por lei ordinária.³¹

Cândido Dinamarco, por sua vez, defende a coisa julgada inconstitucional com fulcro na preservação de injustiças, defendendo que a ordem constitucional não tolera decisões que afrontem o ideal de justiça quando fundamentada na necessidade de se por fim a um litígio.³² Percebe-se que o autor não vê na segurança jurídica o argumento para que decisões injustas sejam eternizadas com pálio na imutabilidade da coisa julgada.

Essa preocupação com decisões injustas, sob a ótica constitucional, encontra amparo na premissa de que a justiça não pode se contentar com a justiça formal, mas sim com a justiça efetiva, uma vez que decisões injustas não são capazes de por fim à sensação de injustiça que levou as partes à procurar o Poder Judiciário para ver solucionada a lide.

Ademais, a justiça formal, que tem como meta principal por fim às excessivas formalidades do processo, não raras vezes ignora a promoção do bem comum, que é a razão de ser do Estado.

Nesse contexto, para que a justiça realize seus objetivos, é necessária a preservação dos princípios, concebidos como linhas mestras, diretrizes, dogmas de um sistema jurídico. E, em um Estado Democrático de Direito, deve a justiça atender ainda para a promoção dos valores políticos e sociais, consagrados como princípios fundamentais do Estado.

Faz-se mister, ainda, ressaltar que uma sentença inexistente não se confunde com a sentença inconstitucional, uma vez que para a sentença inconstitucional, é necessário de um número mínimo de requisitos para poder violar norma constitucional, enquanto para a sentença inexistência é necessário requisitos que lhe concedem espaço para existir no ordenamento, ou seja, é desprovida de eficácia jurídica própria duma sentença.³³

Nesse cenário é que se defende a relativização da coisa julgada inconstitucional, pois ao assegurar o acesso ao Poder Judiciário e apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, a Constituição o faz de forma ampla, não

³¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

³² DINAMARCO, Cândido. **Relativizar a coisa julgada material**. In Revista da AGU, do Centro de Estudos Victor Leal. Brasília, 2001, p. 43.

³³ *Idem*.

podendo aceitar a imutabilidade de decisões que afrontem preceitos ou princípios consagrados na norma fundamental.

3 O INSTITUTO DA PATERNIDADE SOB A PERSPECTIVA DA FILIAÇÃO

As profundas alterações sofridas pelo Direito de Família nos últimos tempos são sentidas, também, no significado do termo filiação, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Assim, na atualidade, segundo Silvio de Salvo Venosa, a filiação é conceituada como “uma relação de parentes consangüíneos, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado”.³⁴

Anote-se que o termo “paternidade” é comumente utilizado como sinônimo de filiação.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 228.

Três são as espécies de paternidade: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. A paternidade biológica é fruto da união sexual entre os pais, da qual redonda na filiação consangüínea, seja com base no matrimônio, união estável ou nas relações livres ente homem e mulher.

A paternidade socioafetiva, por sua vez, se constitui da opção fundada no afeto.

A paternidade jurídica ou registral é aquela constante no assento de nascimento.

Na vigência do Código Civil de 1916 presumia-se que o filho da mulher casada era do marido, como forma de determinação da paternidade jurídica. Com o advento do Código Civil de 2002 tal presunção deixou de ser absoluta, embora haja expressa disposição de que a paternidade é presumida de filhos concebidos na constância do casamento. Entretanto, esta presunção admite prova em contrário, podendo o marido manejar a ação negatória de paternidade, não sujeita ao prazo decadencial.

Tanto a paternidade biológica como a paternidade jurídica é alcançada por meio da ação de investigação de paternidade, cuja pretensão é sedimentada pela realização do exame de DNA, ao passo que para a paternidade socioafetiva não há previsão de ação específica para atestá-la, sendo sustentável o ajuizamento da ação declaratória de paternidade socioafetiva para demonstrar a posse do estado de filho.³⁵

Identificadas as espécies de paternidade é bom lembrar que o alargamento do conceito de família, que sofreu forte influência da afetividade enquanto princípio norteador, e com fim único de realização da felicidade do indivíduo, também influenciou os juízes, que se viram obrigados a não só aplicar o direito, mas sim criá-lo, principalmente ante as lacunas legislativas.

Ou seja, os juízes deixaram de ser meros aplicadores da lei, para assumirem papel importante, cuja missão é descobrir o justo em cada caso, criando jurisprudência que irá sinalizar as situações que o legislador irá normar, uma vez

³⁵ Entende-se por posse do estado de filho o conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e o educa, determinando-se pelos sentimentos envolvidos na relação paterno-filial, capazes de determinar a filiação socioafetiva. Evidencia-se, portanto, que é caracterizada por uma relação afetiva íntima, duradoura e pública, uma vez que o filho apresenta-se perante terceiros como se filho fosse, recebendo do pai tratamento igual (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **A tríplice paternidade dos filhos imaginários**. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178-179) .

que a evolução é constante, e o legislador não consegue prever todas as situações passíveis de serem levadas à apreciação do Poder Judiciário.

E é exatamente este novo norte do Direito de Família que demonstra a importância não apenas de se repensar os conceitos de filiação e paternidade, mas também a importância da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, como se passa a analisar.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Discutir a possibilidade de se relativizar ou desconstituir a coisa julgada só é possível se analisada a questão da segurança jurídica e o princípio da dignidade humana, consagrado constitucionalmente como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Como se viu alhures, sempre que se discute a imutabilidade da coisa julgada invoca-se a premissa da segurança jurídica, e a estabilidade que o reconhecimento da impossibilidade de rediscussão de questões já apreciadas e decididas pelo Poder Judiciário, e insuscetíveis de recursos, propicia à sociedade.

É sabido que os nos ordenamentos jurídicos modernos é atribuído à Constituição a tarefa de delinear os princípios fundamentais que norteiam todas as

atividades estatais, enumerando as funções políticas do Estado e a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dentre outras questões.

De igual forma, é na norma fundamental que se encontram enumerados os valores fundamentais de uma sociedade, valores estes que não raras vezes consubstanciam-se em um princípio que retrata o justo, consubstanciado no próprio alicerce normativo, dentro do qual o interprete e julgador deverá tomar as decisões.

Não se pode ignorar, ainda, que a ordem jurídica se forma de modo lento e gradual, observando a evolução histórica de uma sociedade, e que por isso sofre influencia axiológicas diversas e, não raras vezes, conflitantes.

Por isso, é possível que princípios consagrados no ordenamento jurídico entrem em colisão, cabendo ao interprete, diante do caso concreto, analisar qual deve prevalecer sem, contudo, mitigar a importância do que eventualmente for afastado, ou mesmo significar a sua exclusão do ordenamento jurídico. Logo, é missão do intérprete, ao analisar o caso concreto, buscar uma solução conciliadora, estabelecendo a área de atuação de cada um dos princípios.

A segurança jurídica, indubitavelmente, é um dos objetivos do Estado, e tem sua realização na própria norma jurídica, pois propicia a estabilidade das relações jurídicas. Nesse sentido são os ensinamentos de Paulo Dourado de Gusmão:

A justiça não deve ser o único fim do direito, a não ser que santos fossem os homens. Por isso, além do valor justiça, o direito deve buscar e se valer também do princípio da segurança jurídica, como forma de melhor atender os fins da sociedade. Essa segurança deve ser entendida como uma relativa estabilidade da ordem jurídica e garantidora do conteúdo das normas que a compõe por um razoável período.³⁶

Desta feita, é a segurança jurídica um dos fins do Direito. Ocorre que não raras vezes esse fim do Estado se choca com o próprio ideal de justiça, ou mesmo com decisões inconstitucionais. Por isso o autor supracitado acrescenta, questionando:

A segurança, transformada em um dos fins do direito, cria uma antinomia entre as finalidades da ordem jurídica. Aí então indaga-se: o direito deve sacrificar a justiça em benefício da segurança, transformando-se na ordem legal sem correspondência com o seu conceito ideal, ou deverá sacrificar a

³⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 78.

segurança em benefício da justiça, criando um clima de insegurança e de intranquilidade? Entre estas duas posições o pensamento jurídico vacila. Como solucionar esta questão? A segurança, como vimos, é a manutenção de uma ordem de justiça com o sacrifício do novo ideal de justo, enquanto a justiça é o ideal que exige a transformação de uma ordem legal cujos valores nela realizados não correspondem mais aos ideais dominantes. A segurança, assim, poderia ser entendida em relação à justiça, como a conservação de uma estrutura jurídica, por questões de ordem e de paz social, em correspondência com um ideal jurídico retrógrado, a um modo de ser da justiça, sem correspondência com o ideal histórico do justo.³⁷

Percebe-se que Paulo Dourado de Gusmão questiona a busca da segurança jurídica em face do ideal de justiça, o que suscitaria insatisfação, pois se por um lado a sociedade busca certa estabilidade, por outro não se contenta com decisões imutáveis que afrontem a justiça ou outros princípios constitucionais, decisões estas incapazes de permitir o bem estar social.

Ocorre que não é uníssono na doutrina a defesa de argumentos que dão mais guarida à justiça do que à segurança jurídica, como se depreende de Arnaldo de Vasconcelos, para quem a segurança jurídica deve prevalecer face à decisões supostamente injustas, nos seguintes termos:

A norma jurídica obriga porque contém preceito capaz de realizar, em cada época e de acordo com sua específica mundividência, aquilo que se entende por justiça. Se essa falha em grau intolerável, como ensina Tomás de Aquino, o Direito positivo cede lugar ao Direito de resistência, não positivo. Será o *apelo dos Céus*, a que depois se referiria John Locke. O fundamento da norma jurídica é dado, pois, pela razão de justiça.³⁸

Percebe-se, ao observar os dois posicionamentos, que a discussão em torno da segurança jurídica e do ideal de justiça é complexa e controvertida, pois se a segurança é essencial, não menos certa é a essencialidade e a importância que a decisão conferida ao caso concreto retrate a justiça, ou pelo menos busque, na medida do possível, fornecer ao caso concreto uma decisão que seja compatível com os princípios fundamentais da Constituição.

Logo, e com base nas considerações preliminares aqui traçadas, é que se percebe um claro conflito entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e

³⁷ *Idem*, p. 79.

³⁸ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27.

da justiça das decisões judiciais. E a questão ganha força se invocado o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo, por conseguinte, um princípio máximo, ou como pontua Flávio Tartuce, o “princípio dos princípios”,³⁹ ou, ainda, como assevera Maria Berenice Dias, o “valor nuclear da ordem constitucional”,⁴⁰ e mais:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio sobre o qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico balizado não apenas os atos estatais, mais toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.⁴¹

Nesse cenário, qualquer resposta que se apresente, sem contrapor os princípios da segurança jurídica, da justiça das decisões e da dignidade da pessoa humana pode ser precipitada, repita-se, dada a complexidade do tema, principalmente pelo conflito entre princípios jurídicos.

Por isso Paulo Bonavides defende que a única solução para um conflito entre princípios jurídicos é a aplicação do princípio da proporcionalidade, onde prevalecerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força. E tal prevalência não implica em restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado, e acrescenta: “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso.”⁴²

Nesse contexto, e sendo a coisa julgada um instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, certamente é ela fundamental para garantir a pacificação social com justiça. Ocorre que, seguindo ainda este raciocínio, obviamente poderão surgir casos em que essa mesma coisa julgada deixe de cumprir sua função pacificadora, e passe a desempenhar um papel indesejável,

³⁹ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 22 maio. 2010.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

⁴¹ *Idem*, p. 52.

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

perenizando uma injustiça, fator que acarretará um grave problema, qual seja, a insatisfação, que afetará o bem estar social.

Cândido Rangel Dinamarco, ao dissertar sobre a questão, aponta que nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada. Logo, o culto exagerado a determinado princípio ou idéia fundamental resolve-se em fetichismo e prestasse a aniquilar outros princípios ou idéias fundamentais de igual ou até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação.⁴³

Desta feita, assim como qualquer outro princípio constitucional, e como esta sendo destacado desde o princípio, a segurança jurídica, aqui retratada pela coisa julgada, não pode nem deve ser encarada como algo absoluto, muito ao contrário, deve a coisa julgada "ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil".⁴⁴

Assim, diante de um conflito entre os princípios da justiça e da segurança jurídica, sem ignorar o princípio da dignidade humana, deve haver um juízo de ponderação através do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, de forma a evitar excessos praticados por um determinado Poder, não havendo como preponderar o caráter absoluto da coisa julgada como simples homenagem ao princípio da segurança das relações jurídicas.

Do até aqui exposto é que pode-se afirmar que, quando, no caso concreto, a coisa julgada viole norma ou princípio insculpidos na Constituição Federal que possua maior relevância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo, deve-se analisar o caso concreto de modo a solucionar o conflito principiológico, e, sendo assim, não há como se conferir à segurança jurídica o absolutismo de tempos remotos.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁴ *Idem*, p. 118.

5 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *VERSUS* PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Atualmente as relações jurídicas são de alta complexidade, o que somado à variedade de direitos subjetivos, as infindáveis leis e os avanços médico-científicos, capazes de propiciar resultados mais precisos, conduz à necessária reformulação do conceito de coisa julgada.

Isso se deve porque até a algum tempo não se discutia a profundidade dos direitos fundamentais, dos direitos transindividuais, dos instrumentos democráticos postos a serviço do cidadão.

De igual forma, sequer se imaginava tamanha evolução no campo da ciência, principalmente no campo da eletrônica, informática e biomedicina, que se desenvolveram no último século de forma espantosa.

Tamanha evolução não alcançou a função julgadora, nem mesmo a atividade legiferante. De há muito o Poder Judiciário é responsável pelo julgamento das lides que lhe são submetidas, assim como a coisa julgada, inerente às decisões judiciais, ganhou foros de definitividade.

Ocorre que o direito, por revelar uma sistematização de normas e princípios que regem a vida em sociedade, deve caminhar e estar atento aos fenômenos evolutivos do mundo por ele regulamentado.

Essa noção de evolução da sociedade e da impossibilidade das leis preverem todas as situações ou acompanharem a evolução é que faz repensar o instituto da coisa julgada. Assim, não há mais como conceber imutável uma sentença injusta, injustiça essa entendida em sentido *lato*, abrangendo as decisões que violam as garantias constitucionais, os princípios da moralidade, da legalidade, e que possam ir em direção contrária à realidade das coisas.

Como se viu alhures, ao analisar a coisa julgada inconstitucional, a doutrina aponta que as decisões inconstitucionais não são apenas aquelas que afrontam diretamente a Constituição, mas também aquelas que aplicam norma inconstitucional, tenham ou não sido objeto de declaração de inconstitucionalidade.

Esse entendimento se deve ao fato de que não mais se concebe que por simples homenagem ao que se denomina de “segurança jurídica” se possa fazer prevalecer uma sentença afrontosa aos ditames constitucionais, logo, uma sentença injusta.

Não se pode ignorar, ainda, que embora o cidadão comum não tenha, não raras vezes, a noção do que é ou não jurídico ou legal, possui ínsita em sua mente a noção do que é justo ou injusto.

Isso faz questionar, por exemplo, como explicar a um cidadão que, há alguns anos atrás foi declarado pai numa ação de investigação de paternidade julgada com simples prova documental quando hoje, pelas modernas técnicas de investigação de paternidade, revelou que não era o verdadeiro pai, sendo este outra pessoa, também interessado na verdade dos fatos, visto que pretende se ver juridicamente declarado pai? A sentença anterior, certamente violando o fundamento constitucional da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º da Constituição Federal, ficaria perenizada por simples apego ao princípio da segurança jurídica? A resposta a esta pergunta inevitavelmente deve ser negativa, pois um ato jurisdicional jamais poderia contrariar a natureza e a verdade real.

Ademais, as modernas técnicas desenvolvidas a serviço do homem devem ser postas a serviço do Judiciário não apenas para julgar os casos novos, mas também para reapreciar, agora com base em substratos mais precisos, aquelas decisões injustamente perenizadas.

José Augusto Delgado, ao analisar as mencionadas decisões injustas, apresenta outro exemplo de coisa julgada que contraria o senso de justiça: uma sentença transitada em julgado reconheceu a ausência de alguém para efeito de sucessão patrimonial, observando o disposto nos arts. 1.159 e seguintes do Código de Processo Civil. Tal sucessão, iniciando-se como provisória, converter-se-á em definitiva quando houver a certeza da morte do ausente, quando decorridos mais de dez anos da sentença de abertura da sucessão, ou quando o ausente contar com oitenta anos de idade e houverem decorrido cinco anos das últimas notícias suas. Pois bem, após o trânsito em julgado dessa sentença, que reconheceu alguém como morto para fins de sucessão patrimonial, venha a ocorrer o aparecimento daquele declarado ausente, deverá, mesmo assim, persistir a sentença não mais passível de recurso? Evidentemente a resposta é negativa, pois tal decisão indubitavelmente é injusta, e contraria até mesmo o senso comum de justiça.⁴⁵

Diante de situações como as acima expostas, deve haver uma perfeita sintonia entre as decisões judiciais e a lei fundamental do Estado, uma vez que há clara hierarquia entre a Constituição Federal e qualquer ato praticado por qualquer Poder de Estado. E, se a coisa julgada faz lei entre as partes, como preconiza o art. 467 do Código de Processo Civil, é imperioso que as decisões proferidas pelo Judiciário estejam em consonância com a Constituição, sob pena de adentrar no campo da invalidade.

Não há na Constituição Federal de 1988 qualquer menção à garantia da coisa julgada em face de decisões a ela afrontosas, embora a defesa à imutabilidade da coisa julgada não adentre nessa particularidade, pois se funda basicamente na garantia das relações jurídicas, como observado no tópico destinado à análise da segurança jurídica.

É mister frisar que não se preconiza que no confronto dos ideais de segurança e justiça, a de prevalecer esta última, e diante de uma sentença

⁴⁵DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 80.

transitada em julgado que se afasta do anseio do que seria justo, se revelaria legítimo recusar o cumprimento de uma ordem judicial. O que se defende é a possibilidade de se relativizar a coisa julgada quando o provimento jurisdicional afaste-se dos preceitos constitucionais e do ideal de justiça, sem, contudo, mitigar as conseqüências jurídicas de uma decisão, pois como defende Norberto Bobbio, o conceito de “justo” não é incorporado de maneira uniforme a todos os que se encontram debaixo de um ordenamento. Logo, o conceito de justo seria aquilo Constituição venha a pregar, seja através de sua principiologia, seja através das normas positivadas.⁴⁶

Desta feita, preconiza-se, na verdade, o afastamento da garantia da coisa julgada, criada pelo ideal de segurança jurídica, e passa-se a admitir a rediscussão daquilo que foi decidido contrariamente ao ideal de justiça, materializado na Constituição Federal.

5.1 A realização do exame de DNA nas ações investigações de paternidade

A lei estabelece a presunção da paternidade, como abordado anteriormente, para os filhos nascidos na constância do casamento. Porém, quando o filho não é reconhecido voluntariamente pelo genitor, pode o interessado provocar o Poder Judiciário para ver reconhecido o seu estado de filho, o que se dá por meio da ação de investigação de paternidade, cuja sentença gera todos os efeitos do reconhecimento.

Percebe-se, portanto, que a ação de investigação de paternidade é o instrumento jurídico colocado à disposição do filho não reconhecido voluntariamente, a ser manejado contra o pai ou seus herdeiros, cujo principal objetivo é o reconhecimento da filiação, ação esta inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Importante salientar que este tópico não tem por escopo adentrar nas peculiaridades do procedimento da ação de investigação de paternidade, mas apenas traçar uma análise cujo objetivo é demonstrar a importância desta ação no ordenamento jurídico, e a revolução causada pelo exame de DNA na esfera probatória.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 107

No ordenamento jurídico pátrio é parte legítima para propor a ação de investigação de paternidade os filhos não reconhecidos voluntariamente, bem como o Ministério Público, este com legitimação extraordinária, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil. Por sua vez, a legitimidade passiva da ação de investigação de paternidade é do suposto pai ou de seus herdeiros. Acerca da legitimidade, assim disserta Caio Mário da Silva Pereira:

A Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, atribuiu ao Ministério Público nova *legitmatio ad causam*, sem prejuízo da ação que pode ser intentada por qualquer interessado. Prevê o artigo 2º da Lei nº. 8.560/92 “procedimento oficioso” para a hipótese do registro de nascimento de menor, apenas com a maternidade estabelecida. Autoriza o oficial a remeter ao juiz certidão integral do registro e o nome, prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada a procedência da alegação.⁴⁷

Portanto, é a investigação de paternidade uma ação ordinária, promovida pelo filho (legitimidade *ad causam*), ou se representante legal (legitimidade *ad processam*), se incapaz, na qual figura no pólo passivo o genitor ou seus herdeiros ou legatários, podendo ser cumulada com a petição de herança, com a de alimentos e com a de anulação de registro civil. Maria Helena Diniz, ao dissertar sobre o tema, acrescenta:

Se, porventura, o investigante falecer na pendência da lide, seus herdeiros continuarão a ação, salvo se julgado extinto o processo; porém, se morrer antes de tê-la ajuizado, na opinião de muitos faltaria aos seus sucessores *legitmatio ad causam* para movê-la; mas com o novo Código Civil, desde que faleça menor ou incapaz, seu representante terá legitimação para tanto. É preciso esclarecer, ainda, que a ação de estado é imprescindível: logo, o filho poderá em qualquer tempo propô-la, porque não se pode nega-lhe a proclamação de seu *status*, embora prescrevam seus efeitos patrimoniais, de modo que, havendo prescrição destes, o filho pode intentar a ação, para se fazer reconhecer, sem ter, contudo, direito à herança.⁴⁸

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 363.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 405-407.

No que se refere à sentença proferida nas ações de investigação de paternidade, é importante lembrar que tem eficácia absoluta e gera efeitos contra todos. Assim, uma vez declarado o vínculo de parentesco, o investigante é equiparado aos demais filhos do investigado em direitos e obrigações, por força do princípio da igualdade e vedação à discriminação quanto à origem da filiação. Logo, o investigante é equiparado aos filhos de descendência matrimonial, quando há a presunção da paternidade, direitos estes de cunho pessoal e de cunho patrimonial, por força do art. 1.161 do Código Civil, ou seja, a sentença judicial gera os mesmos efeitos do reconhecimento, devendo ser averbada no registro competente.

Ademais, ao reconhecer a paternidade, a sentença declara um fato preexistente, ou seja, o nascimento, o que caracteriza seus efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da concepção.

Uma análise do ordenamento jurídico pátrio faz perceber ampla liberdade probatória nas ações de investigação de paternidade, dentre as quais Maria Berenice Dias destaca a posse do estado de filho, que é a situação de fato estabelecida entre o pretense pai e aquele que pretende seja o vínculo constituído.⁴⁹ Ainda segundo a autora, a posse do estado de filho pode ser visualizada em situações onde o investigante faz uso do nome do investigado, recebe tratamento como se filho fosse e, principalmente, goza na sociedade do conceito de filho do suposto pai, ou seja, é caracterizada pela aparência que, por si só, não basta à comprovação da filiação, mas possibilita a investigação.⁵⁰

Também pode ser utilizada a prova testemunhal, ainda que acolhida pelo julgador com reserva, ante o fato de se deixarem as testemunhas influenciar pela amizade, e as relações que resultaram na gravidez, não raras vezes, fiquem na esfera da intimidade.⁵¹

Outro meio de prova é exame prosopográfico, que consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se uma a outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra, tais como nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo.⁵² Ocorre que este meio de prova é temeroso, pois ainda que demonstre a semelhança entre os envolvidos na ação de investigação de paternidade, não autoriza a constituição do vínculo jurídico, pois não

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 343.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 407.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 249.

se pode aceitar que a semelhança física seja capaz de gerar vínculo de parentesco civil.

O exame de sangue também é meio de prova nas ações de investigação de paternidade, porém como prova negativa, já que hábil a excluir a paternidade, pois se filho e pretense pai pertencerem a grupos sanguíneos diversos, afastada estará a possibilidade de vínculo biológico. Porém, o simples fato de investigante e investigado pertencerem ao mesmo grupo sanguíneo não é instrumento hábil a comprovar a relação de parentesco consanguíneo, pois inúmeras pessoas compartilham o tipo sanguíneo e o fator Rh sem, contudo, existir relação biológica de paternidade.⁵³ Em síntese, embora o exame hematológico seja prova negativa de vínculo de parentesco, não serve para atribuir a paternidade.

Contraopondo os meios de prova supracitados, devido ao alto índice de precisão, encontra-se o exame genético em DNA. Porém, antes de adentrar na importância do exame de DNA para a determinação ou exclusão da paternidade, é bom lembrar que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, não é o investigado compelido a colaborar na produção de qualquer espécie de prova. Porém, devido às recusas injustificadas, e com fulcro nos princípios constitucionais de proteção ao menor, dentre eles o do melhor interesse da criança e do adolescente, é que a recusa leva à presunção da paternidade, ainda que relativa.

Silvio Salvo Venosa, ao dissertar sobre a matéria, afirma que o exame genético como prova na ação de investigação de paternidade é ônus processual da parte. Assim, o réu não tem obrigação de produzir prova, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. Todavia, não poderá a ausência da prova técnica induzir o reconhecimento da paternidade prematuramente, devendo o julgador levar em conta todo o conjunto probatório.⁵⁴

Nessa seara é que o Código Civil vigente, ao versar sobre a produção de prova, inovou ao estabelecer a presunção nos casos de recusa da parte a submeter-se a exame médico necessário ao deslinde da causa, asseverando que não poderá aproveitar a recusa a seu favor.

O legislador acrescentou, ainda, que a recusa da parte a submeter-se à perícia médica, ordenada por juiz, poderá suprir a prova que se pretendia obter com

⁵³ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 287.

⁵⁴ *Idem*.

o seu resultado. Ao dissertar sobre a questão, em especial os artigos 231 e 232, ambos do Código Civil, Ricardo Fiúza defende:

Quem vier a negar-se a efetuar exame médico, p. ex., DNA, que seja necessário para a comprovação de um fato, não poderá aproveitar-se de sua recusa. Assim, se alegar violação à sua privacidade e não se submeter àquele exame ter-se-á presunção ficta da paternidade, por ser imprescindível para a descoberta da verdadeira filiação, tendo em vista o superior interesse do menor e seu direito à identidade genética.⁵⁵

Segundo este raciocínio é que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2004, editou a súmula 301, nos seguintes termos: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. E o legislador infraconstitucional, acompanhando esta tendência, por meio da Lei nº 12.004/2009, introduziu o art. 2º-A à Lei nº. 8.560/1992, que regulamenta o procedimento de investigação de paternidade:

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Tal explanação é importante, pois evidencia o reconhecimento do exame de DNA como meio de prova, punindo aqueles que se furtam à sua realização injustificadamente, obstando a busca da verdade real, facilmente alcançada graças ao avanço científico. Nesse sentido Rose Melo Venceslau aponta que “os avanços científicos em torno da prova da paternidade causaram verdadeira revolução no estabelecimento do vínculo paterno-filial”.⁵⁶

De igual forma, não há como negar que é o exame de DNA que revolucionou a prova da paternidade, já que não tem apenas o condão de excluir, mas principalmente de precisar se determinada pessoa é ascendente de outra, ou seja, com o aparecimento do exame genético em DNA pode-se afirmar com certeza se um indivíduo é ou não filho biológico de determinado casal, sendo possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também alcançar probabilidade de

⁵⁵ FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 450.

⁵⁶ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 76.

inclusão extremamente próximos de 100%,⁵⁷ pois cada indivíduo possui DNA único em consequência da variação da seqüência dos nucleotídeos, o que permite a precisão do resultado do exame em DNA.⁵⁸

Dissertando acerca do exame genético em DNA, e sua importância na determinação da paternidade e os reflexos na relação paterno-filial, já que identifica a paternidade de forma incontestável, assim leciona Maria Helena Diniz:

Se o DNA é a solução mais avançada para identificar a paternidade, com o grau de certeza quase que absoluto, não há como prosperar a presunção *pater est quem justae nuptiae demonstrat*, substituindo a verdade real pela ficta. Prevalece, hodiernamente, o atendimento ao superior e legítimo interesse do filho em descobrir sua identidade genética, ou melhor, a verdade real biológica. Logo, não poderia prevalecer o fetichismo injustificável de dispositivos legais retrógrados, nem se poderia deixar de admitir a produção das provas que fossem necessárias à realização da justiça e à descoberta da verdade real.⁵⁹

Destarte, não há como afastar que a certeza científica sobre quem seja o pai biológico, com o advento do exame de DNA, fez com que todas as outras provas até então utilizadas para a determinação da paternidade se tornassem débeis, frágeis e desnecessárias diante da prova absoluta, plena e vigora que é o exame de DNA.

5.2 A coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

Conforme amplamente exposto ao longo do presente estudo, é sabido que o Estado, dentre as inúmeras funções que abarca, tem o dever de assegurar a paz social e o bem estar coletivo, assim como é pacífico que, na esfera jurídica, a paz social se consagra por meio da coisa julgada, consubstanciada na imutabilidade das decisões judiciais.

Ocorre que a evolução do Direito, em especial o Direito de Família, que nos últimos anos sofreu forte influência dos avanços da ciência, fez repensar o instituto da coisa julgada e a sua intangibilidade absoluta, pois se de um lado há o interesse

⁵⁷ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdade no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 326.

⁵⁸ VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 409.

em se garantir a estabilidade das relações, de outro há o ideal de justiça. Em se tratando de investigação de paternidade, a realidade não é outra.

Renan Lotufo, ao lecionar sobre as ações de investigação de paternidade assevera que a busca da verdadeira paternidade, pelo filho, sempre esteve na mira da doutrina e jurisprudência brasileira, tanto que o ordenamento jurídico passou a reconhecer a sua imprescritibilidade.⁶⁰

Isso se deve porque o direito de saber a verdadeira identidade biológica está diretamente ligado ao conhecimento de sua identidade pessoal, o que somente pode ser atendido pela atribuição correta da filiação. Nesse contexto o autor supracitado defende que tal direito encontra-se arraigado ao ser humano, devendo ser reconhecido como um direito da personalidade.⁶¹

A disciplina dada pelo Código Civil de 1916 era bem diversa da atual, pois estabelecia o prazo de 04 anos, a contar da maioridade, para que os filhos contestassem a filiação, ao passo que o pai tinha 02 meses, se presentes, e 03 meses, se ausentes, para contestar a paternidade de filho havido na constância do casamento.

Embora fosse esta a disciplina legal, a jurisprudência demonstrava claramente a tendência em preservar valores maiores do que os previstos expressamente no Código Civil, chegando a permitir, mesmo após os prazos supracitados, o ingresso de ações negatórias de paternidade, desde que devidamente fundamentada.

As mudanças por que vem passando a sociedade e o Direito, e que refletem diretamente nas relações familiares, também influenciaram uma mudança de postura perante as ações de investigação de paternidade. Tais alterações se devem, também, em decorrência dos avanços médico-científicos.

É sabido que a ciência do Direito é prática, voltada para o controle e organização social, cuja missão primordial é a redução dos conflitos intersubjetivos de interesses. Logo, os procedimentos judiciais têm por dever acompanhar o dinamismo social, o que justifica as inúmeras reformas processuais, cujo intuito é agilizar a sistemática de recursos, e desestimular a utilização da justiça com fins meramente protelatório.

⁶⁰ LOTUFO, Renan. **Questões pertinentes à investigação e à negação da paternidade**. Revista Brasileira de Direito de Família – nº 11. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 46.

⁶¹ *Idem*.

Nesse cenário, a presunção de paternidade, dogma milenar, não mais pode ser mantido, visto que os avanços médico-científicos trazidos pelas modernas técnicas de aferição da paternidade biológica, tal como o DNA, não se calam e não raras vezes apontam para uma falsa paternidade.

Rodrigo Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, ao enfrentar o problema, apontam que o Direito de Família não mais se contenta com presunções absolutas que podem ser afastadas, por exemplo, pela realização de exames médicos, ou seja, busca a verdade real, e acrescentam:

Pensar o Direito de Família na atualidade significa voltar àquilo que é mais primitivo e primário, isto é, compreender a atual política legislativa sobre as relações familiares, para, inclusive, entender sua difícil aplicabilidade, muitas vezes entravadas pelo Poder Judiciário.⁶²

Indubitavelmente, os avanços científicos proporcionam ao Direito de Família uma revolução antes nunca imaginada, pois propicia, como alhures mencionado, a busca da verdade real, mitigando a busca da verdade formal. E um claro exemplo da influência dos avanços científicos na busca da verdade real é o exame de DNA, capaz de permitir, com grande precisão, a determinação ou afastamento da paternidade.

A utilização do exame de DNA é uma solução prática para os casos futuros, pois permite determinar a paternidade e influenciar as decisões nas ações de investigação de paternidade. Todavia, cumpre analisar a possibilidade de que o exame de DNA seja utilizado para corrigir situações já decididas pelo Poder Judiciário, e que se encontram amparadas pela coisa julgada.

Ainda analisando a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, não se pode deixar de reconhecer que o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República e sustentáculo do Estado Democrático de Direito, núcleo básico do ordenamento jurídico, deve ser utilizado como parâmetro na interpretação das demais previsões legais.

E, reconhecendo que a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade envolve conflito de valores amparados pela

⁶² PEREIRA, Rodrigo Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família – nº 11. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 142.

Constituição Federal, tais como a coisa julgada, o princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, bem como os direitos da personalidade e à correta filiação, é que se perfilha certa cautela nas hipóteses de controle das decisões relacionadas ao tema.

Destarte, resta clara a importância de se reconhecer a possibilidade de rediscussão de questões que envolvem a paternidade, até mesmo porque a evolução por qual passou a sociedade e o Direito de Família não mais admite decisões afrontosas aos princípios basilares do Ordenamento Jurídico, ou como expõe Cândido Rangel Dinamarco, é inadmissível que o “direito material não pode ser suplantado ao direito processual”.⁶³

Não há como negar que a mutabilidade do Direito é claramente visualizada quando se discute a investigação de paternidade, seja pelos avanços médico-científicos, seja pela consciência de que princípios constitucionais estão em questionamento, e se de um há o direito do investigante de ter um pai, de outro lado há o direito do investigado, de ver preservado o direito à intimidade, à dignidade da pessoa humana, dentre outros.

É exatamente este cenário complexo, levado à apreciação do Poder Judiciário, que conduziu a uma mudança de postura, até mesmo mais flexível, já que atualmente não podem mais ser concebidas tão-somente sob a égide de normas codificadas, mais devem ser interpretadas à luz das complexas relações sociais. Lado outro, o ideal de justiça que norteia a sociedade moderna não mais permite que sejam eternizadas e tidas como intocáveis determinadas decisões, sob pena de se consagrar e eternizar injustiças.

Por isso é que se preconiza que a coisa julgada seja analisada em consonância com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, sem afastar a busca da verdade real, ou seja, deve o julgador invocar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para analisar o conflito principiológico. O princípio da proporcionalidade surge, portanto, para equacionar a colisão dos princípios fundamentais, devendo ser utilizado pelo julgador como instrumento de ponderação dos valores que deverão predominar no caso em concreto.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 248-249.

Ao dissertar sobre o princípio da proporcionalidade Leila Carioni Barbosa defende que este “não é um verdadeiro princípio, mas sim uma estrutura formal, que consiste num método de interpretação/ponderação de bens e direitos”, ou seja, trata-se de uma estrutura de aplicação dos demais princípios.⁶⁴ Aplicando tais ensinamentos ao Direito de Família, em especial para a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, tem-se os ensinamentos de Belmiro Pedro Welter, *in verbis*:

Em relação ao direito de família, especialmente ao que se refere à investigação de paternidade, o instituto da coisa julgada vive um momento de reflexão, visto estar-se frente a um direito natural e constitucional de personalidade, que faz parte do princípio da dignidade humana, princípio que se encontra no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, elevado a fundamento da República do País.⁶⁵

Isso se deve porque o conhecimento da origem biológica é uma aspiração natural do ser humano, intrinsecamente ligada às origens, justificativas e pretensão destino, tanto que é reconhecido como um direito da personalidade. Nesse sentido assevera Paulo Luiz Netto Lobo, para quem o “objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida”.⁶⁶

Ainda no plano dos princípios constitucionais, não há dúvida de que o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar constitui direito fundamental do menor, pois constituem o mínimo necessário para a garantia de uma vida digna. E, embora não incluídos no capítulo dos direitos fundamentais, assim devem ser concebidos tais direitos, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁶⁷

⁶⁴ BARBOSA, Leila Carioni. **Princípio da proporcionalidade e colisão dos direitos fundamentais**. Revista Discente on-line. CPGD-UFSC, Ano.I, nº. 1. Dez. 2002. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>>. Acesso em 22 maio 2010.

⁶⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família**: questões controversias. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 61.

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 22 maio 2010.

⁶⁷ CAHALI, Yusef Said. *Op. cit.*, p. 8.

Como mencionado anteriormente, no tocante à determinação da filiação, o ordenamento jurídico utiliza o critério da presunção, ou seja, deduz-se que filiação tem por base a família social de sangue, fundamentada no casamento, sendo a prole oriunda desta relação reconhecida de plano.

Existe ainda a formação do vínculo de filiação pela adoção, quando um ser assume as obrigações da paternidade independente de vínculo sanguíneo, passando a agir como pai por laços afetivos, onde se consagra o critério sócio-afetivo de determinação da filiação.

Todavia, é o critério biológico de extrema importância para a atribuição da filiação, ainda que passível de crítica, já que alguns defendem que o vínculo afetivo deve estar acima do vínculo consanguíneo. De acordo com Maria Christina de Almeida, “a filiação, como fenômeno da natureza, contém em si o sentido biológico da paternidade pelo qual se atribui a condição de pai ao pai genético”.⁶⁸

Partindo dessa concepção, deixa a determinação da paternidade de ser tão-somente uma presunção legal, para se tornar um direito primário de qualquer ser humano, pois integra os direitos da personalidade.

Ademais, a busca de uma paternidade identificável também consagra os interesses da criança, porque muitas vezes uma mãe, sem condições de criar sozinha seu filho, necessita de auxílio paterno, o que só será possível com uma efetiva determinação da paternidade. E, desde o surgimento do exame de DNA, repita-se, a investigação de paternidade sofreu enorme revolução, pois desde que tomadas as devidas cautelas é determinada a paternidade com alto grau de precisão.

A coisa julgada, enquanto direito individual, não pode prosperar diante do direito à filiação, observando-se, ainda, o direito à personalidade. Logo, a coisa julgada sucumbirá quando se chocar com tais valores constitucionais.

Nesse contexto Rolf Madaleno relembra que a coisa julgada deve ser repensada, pois se lida com um direito natural e constitucional da personalidade, arraigado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e acrescenta:

⁶⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 23.

A cada instante perfilam acalentadas doutrinas que inquietam com a imutabilidade da autoridade da eficácia da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica. Nessas circunstâncias, descabe cristalizar como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação, pois restou verificado sim, a impossibilidade de formação em juízo de certeza, cuja negligência probatória pode ser debitada ao investigador, como também não se pode ser debitado ao investigado este mesmo selo da presunção absoluta e imutável da veracidade sentencial, quando neste mesmo processo deixou de ser pesquisada a prova genética da filiação.⁶⁹

Logo, é imperioso que se permita a rediscussão nas ações de investigação de paternidade que não esgotaram os meios de prova, seja pela não realização do DNA por falta de recursos, pois até pouco tempo não era acessível à grande parte da sociedade devido a seu alto custo, ou por ter a ação transitado em julgado antes de sua produção, ou mesmo pelo fato de ter a ação sido apreciada antes do advento de tal meio científico.

Destarte, a realização do exame de DNA permite que se retirem quaisquer dúvidas surgidas com a prova testemunhal ou indiciária, sendo meio eficaz de determinação da filiação, já que significa, com 100% (cem por cento) de certeza, a exclusão da paternidade, ou com 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento) a probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, pondo fim aos equívocos judiciais.

Nesse contexto são os ensinamentos de Belmiro Pedro Welter, para quem “as provas devem ser produzidas à sua exaustão nas ações de investigação de paternidade, sem o qual não será possível ser aplicada à decisão a coisa julgada material”.⁷⁰

No mesmo sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. Não pode ser encerrada a instrução da ação de investigação de paternidade, sem que antes seja oportunizada a realização do exame pelo método do DNA, conforme requerido pela investigante, uma vez que se trata de um direito indisponível, que diz com a personalidade. Agravo de

⁶⁹ MADALENO, Rolf. **A coisa julgada na investigação de paternidade**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000, p. 48.

⁷⁰ WELTER, Pedro. *Op. cit.*, p. 71.

instrumento provido, para que seja realizada perícia mediante convênio firmado pelo Tribunal e a UFRGS.⁷¹

Nessa seara é que se recomenda a revisão de um julgado quando não tenham sido esgotados os meios de prova convencionais, dentre eles a realização do exame de DNA, pois se deve consagrar a busca da verdade real, permitindo a discussão sobre uma perícia técnica, como meio de afastar injustiças. Ademais, assim procedendo, possibilita-se a determinação correta dos vínculos familiares, já que revestida de alto grau de certeza, seja para exclusão, seja para determinação da paternidade.

Embora se reconheça a importância da verdade real, não há como negar que o Código de Processo Civil ainda defende a verdade formal, ao contrário do que impera no Direito Processual Penal, onde se busca a verdade real. No entanto, conforme leciona Maria Helena Diniz, tal fato comporta exceções:

Despreza-se a verdade real para atender a necessidade de estabilização social e de proteção ao direito de filiação. Mas se outorga ao pai o direito de propor a negatória, havendo suspeita de que o filho não é seu, a qualquer tempo (art. 1.601 do Código Civil) ou após o exame de DNA, segundo alguns julgados.⁷²

Glaci de Oliveira Pinto Vargas e Maslova Werlang, ao analisar a importância da busca da verdade real em todos os ramos do direito, citam julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reconheceu que no campo “probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real”.⁷³

Porém, defender a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade sempre se choca com o princípio da segurança jurídica, pois a

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº. 70001016708. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. 17 agos. 2000. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>>. Acesso em: 22 maio 2010.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 411.

⁷³ VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG, Maslova. **Paternidade: investigação judicial e coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 78.

rediscussões de questões já sedimentadas podem gerar a instabilidade e, não raras vezes, mitigar a filiação socioafetiva.

Maria Christina de Almeida, ao enfrentar o conflito acima, chama a atenção para o fato de que a discussão existe, mas entre a segurança social e a descoberta da paternidade real, parece que o Direito de Família avança para a quebra da coisa julgada, ainda que de forma embrionária.⁷⁴

Embora se encontrem defensores da relativização da coisa julgada, não há como ignorar que parte conservadora da doutrina defende que a coisa julgada torna-se insuscetível de modificação, devido a estabilidade jurídica gerada pela sua existência, não devendo ser mitigada em nenhuma hipótese, salvo aquelas já consagradas em nosso Ordenamento Jurídico, passíveis de ação rescisória. Logo, não estando a investigação de paternidade dentre as hipóteses de desconstituição de coisa julgada, torna-se imutável, pois não poderia ser o exame de DNA reconhecido como novo documento.

Outra questão que não pode passar despercebida é a situação da criança que passa a usufruir do estado de filho, vendo consagrado o direito da personalidade de ter um pai e, de repente, por causa de um exame pericial realizado após o trânsito em julgado da decisão que declarou o vínculo de filiação, ver desconstituída a paternidade. Restaria essa criança sem pai? São questionamentos de ordem moral e jurídica que fomentam as discussões acerca da imutabilidade da coisa julgada.

Por isso, nos casos em que ocorre o engano da decisão, onde o exame genético em DNA é realizado após o trânsito em julgado da sentença, reconhecendo pai à criança que se envolve no estado de filho, é imperioso que se observe o melhor interesse da criança, devendo esse prevalecer sobre qualquer outro bem ou interesse tutelado, até mesmo pela constituição da denominada paternidade socioafetiva.

Acontece que, em face dessa situação, o pai pode exigir que o reconhecimento da paternidade seja destituído, pois uma vez provado por meio do exame de DNA que ele não possui vínculo biológico com o investigante, e por isso não teria qualquer obrigação em relação a esta, não há justificativa jurídica para que continue assumindo as obrigações advindas da relação de filiação, salvo se invocada a filiação socioafetiva.

⁷⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 105.

Todavia, percebe-se que muitos são os questionamentos, e poucas as respostas. Por isso é imperioso reconhecer que nesses casos restaria ao julgador um grande problema, consubstanciado na análise do melhor interesse da criança, para que se evitem situações em que haja recusa em manter o vínculo de filiação, e não haja outra pessoa a ser reconhecida e declarada como pai.

Outro argumento importante quando se discute a imutabilidade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade é a possibilidade de sua mitigação em outras áreas do Direito, abrindo precedentes. Tal fato configuraria perigoso instrumento de manipulação e desrespeito às garantias processuais, afrontando um dos fins básicos do processo que é a pacificação e o bem estar social.

Não obstante tal preocupação, não se pode aceitar como absoluto o receito de mitigação da coisa julgada em outras áreas do Direito, pois o Estado Democrático de Direito, dinâmico e em constante evolução, o que deve ser acompanhado pelo Direito.

De todo o apresentado até aqui, reconhecidamente está aberto o debate em torno da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, uma vez que a investigação biológica é imprescritível, e está arraigado aos direitos da personalidade, não podendo sucumbir face ao princípio da segurança jurídica.

5.3 A *querela nullitatis* e a desconstituição da coisa julgada

Questão tormentosa quando se discute a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade é identificar qual o instrumento ou ação a ser manejada para tanto.

Ao analisar tal questão Cássio Scarpinella Bueno assevera que a expressão vem sendo impropriamente empregada, pois o que ocorre é uma filtragem constitucional, pois em nome de outros valores e princípios permite-se o controle das decisões jurisdicionais, mesmo quando transitadas em julgado, com o objetivo

de adequá-las à realidade subjacentes ao processo e, assim, torná-la imunes de questionamentos.⁷⁵

Para tanto, o autor defende ser a ação rescisória uma das formas de enfrentamento da coisa julgada, invocando, porém, uma leitura ampliativa, extensiva e criativa deste instrumento,⁷⁶ o que implicaria em ignorar o prazo de dois anos determinado por lei, o que, na prática, provavelmente esbarraria no reconhecimento da decadência.

Há possibilidade da parte interessada, ainda, ajuizar a ação de investigação de paternidade c/c retificação de registro civil, trazendo no pólo passivo o pai registral e o suposto pai biológico, já que a decisão proferida no processo atingirá ambos.

Marjorie Wanderlei Cavalcanti, ao dissertar sobre o controle de decisões judiciais transitadas em julgado, invoca a *querela nullitatis insanabilis* como instrumento hábil à desconstituição da coisa julgada, ainda que inexistente expressa menção à tal ação no ordenamento jurídico pátrio.⁷⁷

Ressalta a autora supracitada que autores como Alexander Macedo e Pontes de Miranda defendem que existe no ordenamento expressa disposição a respeito da *querela nullitatis*, qual seja, o art. 741, I do Código de Processo Civil, ou seja, seria a previsão dos embargos do executado a figura da querela de nulidade insanável.⁷⁸

No mesmo sentido encontra-se Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, que assim dissertam:

A querela nullitatis, no direito brasileiro, está prevista como hipótese de cabimento de impugnação à execução de sentença (art. 475-L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como hipótese de cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC).⁷⁹

⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 404.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ CAVALCANTI, Marjorie Wanderley. Controle de constitucionalidade de decisões judiciais transitadas em julgado, via *querela nullitatis insanabilis*: um estudo a partir da segurança jurídica. In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009, p. 213.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 455.

A *querela nullitatis* é, portanto, uma ação ordinária, declaratória de nulidade, proposta em face de decisões judiciais transitadas em julgado, e proferidas em processos que contem vícios insanáveis inconstitucionais, com a finalidade de atribuir efeitos e fazer valer a coisa julgada de forma concreta.⁸⁰

Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam que a *querela nullitatis* se distingue da ação rescisória não apenas pelas hipóteses de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não perante o tribunal, como se dá na ação rescisória), embora ambas se assemelhem por serem ações constitutivas.⁸¹

É sabido que por longos anos sequer se discutiu a possibilidade de se impugnar e relativizar a coisa julgada, pois era a mesma tida como intocável, imutável, absoluta. Tal pensamento faz com que a discussão seja incipiente, e quando os autores enfrentam o problema raramente apontam qual o instrumento a ser utilizado para atacar a coisa julgada.

Por isso, Rosana Dias Andrade aponta que é preciso reconhecer no julgador um ser humano passível de erro, e que a decisão por ele proferida pode trazer em si defeitos inconstitucionais insanáveis, não podendo prosperar. E, contendo a decisão um vício constitucional, capaz de desequilibrar a coisa julgada, tornando-a vulnerável, deve-se relativizar a coisa julgada, sendo a *querela nullitatis* a ação hábil para tanto.⁸² E acrescenta: “A *querela nullitatis insanabilis* é capaz de desconstituir a coisa julgada material, porque atinge o processo como um todo, fazendo com que o julgador profira novo julgamento da matéria envolvida, sob a observância dos vícios à lei constitucional”.⁸³

Alexandre Freitas Câmara também defende a utilização da *querela nullitatis* como meio de relativizar a coisa julgada em processos em que se busque a declaração de inexistência ou existência de vínculo de parentesco, pois declarar que uma pessoa é genitora ou descendente de outra, quando não corresponde a verdade, contraria o mais relevante dos princípios constitucionais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. E acrescenta:

⁸⁰ ANDRADE, Rosana Dias. *Op. ci.*, p. 984.

⁸¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*, p. 454-455.

⁸² *Idem*, p. 986-987.

⁸³ *Idem*, p. 987.

A meu ver, integra este princípio a garantia de que se terá acesso ao conhecimento exato a respeito da ascendência ou descendência genética de cada um (ou seja, a todas as pessoas é assegurado o direito de saber quem se é, de onde se veio e para onde se vai do ponto de vista genético).⁸⁴

Como se viu ao longo do presente estudo sempre que se questiona a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade se aponta conflito entre princípios constitucionais, se invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, a proteção aos direitos da personalidade como argumentos para afastar a coisa julgada e a segurança jurídica.

Por isso, entende-se cabível a *querela nullitatis* como instrumento para relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, pois como defende Alexandre Freitas Câmara, adotado como marco teórico do presente estudo, negar o direito de se conhecer a paternidade biológica, ou atribuir erroneamente, afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana,⁸⁵ um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Está evidente, portanto, o vício constitucional, que não pode sucumbir em face da segurança jurídica, pois decisões afrontosas aos princípios constitucionais, indubitavelmente, trazem em si a noção de injustiça e, conseqüentemente, não são capazes de propiciar o bem estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se viu ao longo do presente estudo, o Direito, enquanto ciência dinâmica, vive em constante evolução, e sofreu consideráveis mudanças ao longo dos tempos, principalmente no tocante ao Direito de Família.

É sabido, ainda, que o Direito não é um mero aglomerado de regras e conceitos, produto de atos da vontade humana ou de fórmulas verbas articuladas entre si. Mas sim, é um sistema no qual deve predominar a coerência que resulta, na maioria das vezes, dos princípios constitucionais que regulam e harmonizam todo o ordenamento jurídico.

⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 468.

⁸⁵ *Idem*.

Nesse contexto, não há como negar que é a norma constitucional que deve garantir o direito à correta filiação, já que tem como missão a defesa dos direitos fundamentais. Logo, tem os princípios um papel de suma importância na atualidade, sendo invocados, inúmeras vezes, para a solução dos problemas levados à apreciação do Judiciário e que não encontram previsão expressa em lei.

A ciência processual, nesse cenário, também evolui de modo a criar mecanismos para a efetividade do processo e, conseqüentemente, a busca da paz social. E embora tal mudança caminhe a passos curtos, não acompanhando a evolução da sociedade, tem feito repensar muitos institutos jurídicos.

Esta mudança de paradigma influenciou também o instituto da coisa julgada, outrora vista como imutável, mas que na atualidade não mais pode assim é concebida, pois se o Estado tem como objetivo assegurar a paz social e o bem estar coletivo, também precisa assegurar a eficácia dos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, pois uma paternidade erroneamente atribuída, ou atribuída sem que se esgotem os meios de prova, indubitavelmente afronta a dignidade humana.

Porém, sempre que se questiona a relativização da coisa julgada, esbarra-se na segurança jurídica, já que um dos principais objetivos do instituto é não deixar que discussões judiciais se eternizem.

De igual forma, questiona-se o fato de que é muito difícil alcançar o ideal de justiça, pois tal conceito sofre influência e varia em cada sociedade, embora não se possa ignorar que cada ser humano traz arraigado assim a noção de injusto. Isso faz com que na atualidade pense-se mais em justiça e menos em técnica processual, ao contrário de antes, que se privilegiava a forma e o exagero de técnicas processuais.

Acontece que analisar a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade só é possível se reconhecida a importância do exame de DNA, e o alto grau de precisão que tal exame propicia para a determinação da filiação biológica. Logo, é possível alcançar a verdade real e, conseqüentemente, possibilitar que o filho saiba quem é seu pai biológico.

Ademais, é arraigado à própria natureza humana o inconformismo oriundo de decisões contrárias ao seu interesse, e principalmente contrárias à verdade real, o que implica dizer que se fosse possível alterar indefinidamente as questões submetidas ao Poder Judiciário e julgadas contrariamente à vontade do réu, haveria repetidas ações para alterar este quadro. Assim, enquanto instrumento de efetivação

do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é instituto fundamental para assegurar a paz social como justiça, o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Ocorre que, repita-se, decisões afrontosas à princípios constitucionais não podem ser consideradas como instrumento hábil à pacificação social, sendo passíveis, portanto, de desconstituição.

Porém, não é a segurança jurídica o único fim do Direito, nem mesmo o mais importante dos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, o que clama, portanto, uma interpretação sistemática de todos os princípios envolvidos, cabendo ao julgador analisar, em cada caso a ele apreciado, a preponderância de um ou outro princípio, observando, ainda, o melhor interesse do menor.

Isso se deve porque a Constituição Federal de 1988 renovou toda a ordem jurídica, e trouxe a revisitação e reinterpretção do Direito em seus princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Posta assim a questão é que conclui-se que, ante o conflito de princípios, seja invocado o princípio da proporcionalidade para que o julgador, em cada caso apreciado, decida pela relativização ou não da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, permitindo ao filho o conhecer sua ascendência biológica, sem ignorar a possibilidade do pai, que se viu compelido ao reconhecimento da paternidade pela via judicial, sem, contudo, serem esgotados todos os meios de prova, o direito de desconstituir o vínculo de parentesco.

Não há como ignorar que se a paternidade foi determinada sem que se esgotassem os meios de prova, seja por inexistência do exame de DNA à época do reconhecimento, ou pela falta de recursos para sua realização, ou motivos outros, não se observaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito a personalidade de ter o filho reconhecida a paternidade biológica, dentre outros.

Assim, uma vez decidida uma ação de investigação de paternidade e atribuído o vínculo de paternidade sem a realização do DNA, ainda que constituída a coisa julgada, deve-se possibilitar que o interessado a desconstitua, sobre pena de consagrarem-se injustiças e afrontar o princípio da dignidade humana em prol da segurança jurídica.

O que não se pode, repita-se, é consagrar injustiças por estar acobertada pelo instituto da coisa julgada, já que extinguirá por completo o direito ao respeito e

à convivência humana da criança, que jamais poderá descobrir quem é seu pai biológico, nem mesmo usufruir dos direitos inerentes a tal descoberta. Da mesma forma, não se pode exigir daquele que sabe não ser pai a obrigação de levar adiante tal fardo, já que não foram esgotados os meios de prova, e a segurança jurídica, para este, não existiria, mais sim a sensação de insegurança e injustiça.

Desta feita é que se caminha para a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade que não esgotaram os meios de prova, devido à importância reconhecida do exame de DNA na determinação ou exclusão da paternidade, pois não pode o ordenamento jurídico dar guarida à decisões afrontosas ao princípio da dignidade humana e mitigar a verdade real.

Para desconstituir a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade pode ser ajuizada a ação rescisória, desde que observado o prazo decadencial de dois anos, a contar do trânsito em julgado, sem ignorar os demais requisitos legais.

Ainda pode ser manejada a ação de investigação de paternidade c/c retificação de registro público, quando deverá ser proposta contra o pai registral e o suposto pai biológico, visando constituir um vínculo de parentesco e sanar a injustiça da errônea atribuição da paternidade.

A doutrina vem apontando, contudo, ser a *querela nullitatis* o instrumento hábil para relativizar a coisa julgada, sob o argumento de que as ações de investigação de paternidade que não esgotaram os meios de prova, e conseqüentemente a não realização do DNA, afronta o princípio constitucional da dignidade humana, bem como o direito de conhecer a filiação biológica, direito este da personalidade. Logo, decidida sem a realização do exame de DNA, tais ações encontram-se eivadas de vício, e apresentam-se como coisa julgada inconstitucional.

Assim, deve ser a *querela nullitatis* admitida como o remédio a ser usado contra os vícios inconstitucionais insanáveis que fizeram coisa julgada, de forma a garantir a busca pela verdade real, garantindo assim, que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para finalizar é bom ressaltar que devem ser observados os laços socioafetivos, pois a biologização da paternidade, devido ao avanço porque passou o Direito de Família, deve ser vista com certa ressalva, principalmente porque as famílias se constituem em torno do afeto. Cabe aos magistrados, portanto, quando enfrentar as questões relativa a desconstituição da coisa julgada, levar em

consideração os princípios constitucionais e o melhor interesse da criança, buscando elementos capazes de propiciar o bem estar dos envolvidos na discussão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). **A tríplice paternidade dos filhos imaginários**. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANDRADE, Rosana Dias. *Querelas Nullitatis Insanabilis*. In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009.

ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

BARBOSA, Leila Carioni. **Princípio da proporcionalidade e colisão dos direitos fundamentais**. Revista Discente on-line. CPGD-UFSC, Ano.I, nº. 1. Dez. 2002. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>>. Acesso em 22 maio 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. São Paulo: Malone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yusef Said (Org.). **Constituição Federal, código civil, código de processo civil**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAVALCANTI, Marjorie Wanderley. Controle de constitucionalidade de decisões judiciais transitadas em julgado, via *querela nullitatis insanabilis*: um estudo a partir da segurança jurídica. In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 7. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. *In* Revista da AGU, do Centro de Estudos Victor Leal. Brasília, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Teoria da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 22 maio 2010.

LOTUFO, Renan. **Questões pertinentes à investigação e à negação da paternidade.** Revista Brasileira de Direito de Família – nº 11. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MADALENO, Rolf. **A coisa julgada na investigação de paternidade.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OTERO, Paulo. **A coisa julgada inconstitucional.** Lisboa: Lex, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família – nº 11. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdade no limiar do século XXI. *In*: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº. 70001016708. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. 17 agos. 2000. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>>. Acesso em: 22 maio 2010.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 22 maio. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG, Maslova. **Paternidade: investigação judicial e coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: questões controversias**. Porto Alegre: Síntese, 2000.