



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

VANESSA MIÃO FLAVIANO SANTOS

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NA AÇÃO DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

CARATINGA – MG

2018

VANESSA MIÃO FLAVIANO SANTOS

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NA AÇÃO DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Direito. Sob a orientação do Ilustríssimo professor Cláudio Boy Guimarães.

CARATINGA - MG

2018

Enfim chegou o final de uma caminhada de cinco anos, momentos de alegria, de dificuldade e de superação. Agradeço a Deus pela oportunidade a mim concedida, ao meu esposo Paulo minha profunda gratidão, amor e carinho e claro minha mãe pelo exemplo de vida, mulher valente e guerreira! Às minhas irmãs que me ajudaram com meus filhos (Lívia, Paulo Daniel e Hadassa, minhas joias preciosas). Agradeço a todos os meus familiares e em especial minha tia Lúcia, que sempre me estimulou a estudar nos momentos difíceis, vocês contribuíram muito para a minha formação! Aos meus amigos e irmãos em Cristo pelas pequenas palavras e gestos ao longo do processo! A instituição e aos meus professores um forte abraço, e um obrigado pelos conhecimentos e experiências que me foram proporcionados, aquele que caminha sozinho, chega mais rápido, mas aquele que vai acompanhado irá mais longe. Dedico essa vitória a todos vocês.

“O SENHOR É O MEU PASTOR E NADA ME FALTARÁ.”

SALMOS 23.1

Resumo

O presente trabalho visa demonstrar através da teoria relativizadora, que ainda que a sentença for indeferida por inexistência de provas, ainda caberá uma segunda chance de provar o que não se provou, apesar de que a lei não permite tal modificação, e a jurisprudência permitir essa nova construção de provas, com a evolução do Direito de Família iremos debater algumas ações de investigação de paternidade que foram julgadas sem a realização do exame de DNA, discutindo através da coisa julgada material a verdade real dos fatos e assegurar o direito e prestação jurisdicional da dignidade da pessoa humana, por certo que o século atual tem como prioridade a tutela de direitos e não a segurança por si só. Com tudo trataremos de um choque entre direitos da personalidade ou direitos fundamentais (direito de reconhecimento do vínculo de paternidade X direito a integridade física e a intimidade) a solução desse conflito está no princípio da ponderação entre esses direitos fundamentais, técnica defendida por vários juristas e expressada pelo art.489 § 2º, do NCPC, in verbis: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que complementam a conclusão, e Garantindo a verdade real a paternidade biológica e o pleno direito a filiação.

Palavras Chave: Coisa julgada material. Relativização da coisa julgada. DNA e Filiação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO...	10
1.1 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL	11
1.2 LIMITES DA COISA JULGADA.....	13
1.3 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	14
2 A PATERNIDADE E SEUS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO.....	16
2.1 JURIDICO	18
2.2 BIOLÓGICO.....	19
2.3 SÓCIO – AFETIVO	20
3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	21
3.1 A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	25
3.2 A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	28
3.3 A QUERELA NULLITATIS E A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo a segurança jurídica, não podendo ser jamais visto como absoluto e intangível para simplesmente dar fim ao processo judicial da lide, a doutrina classifica a coisa julgada como formal e material, iremos iniciar a tratar o seu conceito através da análise dos seus limites ligado ao direito de família, nas ações investigatórias de paternidade, suas formas de conhecimento que foram julgadas antes do surgimento do exame de DNA como uma das possíveis soluções para o problema de acordo com os princípios constitucionais.

Usaremos a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a (ponderação) defendida nos dias atuais por vários juristas demonstrados no decorrer do estudo, entre eles, para que ambos sejam implementados na maior medida possível. Essa teoria, baseada em estudos dos julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão, tem sido base para a compreensão de conflitos entre direitos fundamentais em inúmeros países, seja pelos pesquisadores, seja pelos juízes dos tribunais constitucionais, seja pelos juízes de tribunais internacionais.¹

O tema da relativização da coisa julgada entra em cena no que concernem as ações relacionadas com a investigação de paternidade julgada improcedente por ausência de provas em situações em que o exame de DNA não foi realizado. Prevê o enunciado nº 109 do CJP/STJ, da I jornada de Direito Civil, que: A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando¹.

Nossa Carta Magna busca pela paz social e o bem-estar coletivo e existindo conflitos, cabe ao poder Judiciário pacificar os conflitos e solucionar os problemas através de uma decisão judicial. Esta por sua vez transitada em julgada e não

¹ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200577&lang=pt. Acesso em 16 de novembro de 2018.

passível de recursos e tem força de lei entre as partes, denominada pela doutrina de coisa julgada material.

A coisa julgada está ligada a sentença judicial a qual, após dar-se o trânsito em julgado, que impede a interposição de quaisquer recursos, torna-se imutável, tendo seu amparo legal previsto no art. 5º,XXXVI da CF/88 e também no Código de processo Civil dos arts. 502 a 508. Doutrinariamente esclarece Barbosa Moreira que a imutabilidade não se refere aos efeitos da sentença, e sim, ao próprio conteúdo da sentença, posto que seus efeitos possam ser modificados. A professora Gisele Leite conclui-se que a coisa julgada não é efeito da sentença e nem qualidade dos efeitos da sentença é, em verdade, uma situação jurídica que se forma no momento em que a sentença se transforma de instável para estável.

Ocorre que com a evolução do Direito, em especial do Direito de Família, tem se discutido acerca dessa rigidez com que é deparado com situações que trazem à tona a verdade real dos fatos que já foram tratados em lides anteriores, como se dá nas ações de investigação de paternidade que foram julgadas sem a realização do exame de DNA, outrora por falta de recursos das partes por ser justiça gratuita, outrora pelo Estado que não providenciou a demanda.

A ordem jurídica introduzida pela constituição Federal priorizou a dignidade da pessoa humana. Proibiu qualquer designação discriminatória relativa a filiação, e ao assegurar os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção(CF 227§6º)².

Caio Mário da Silva Pereira, fala que o objetivo do reconhecimento é atribuir o "status ao filho" embora não se exijam termos sacramentais é indispensável seu reconhecimento³,uma vez que o exame de DNA permite o conhecimento da paternidade biológico, de modo a identificar a injusta decisão em julgado, afronta este, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde existe a necessidade de relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, visando e zelando pelos direitos constitucionais da pessoa humana em nossa carta magna.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 378.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5ºed.Rio de Janeiro: Forence,1998, p.65

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, ação essa a ser manejada ante o vício inconstitucional existente nas ações de investigação de paternidade, que não esgotaram os meios de prova e não alcançaram a verdade real, de modo a garantir a determinação precisa da paternidade biológica e afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental na carta magna.

Por isso o presente estudo visa traçar uma análise acerca da relativização da coisa julgada, existe a possibilidade de relativizar os efeitos da coisa julgada material na ação de investigação de paternidade, sem ferir a Constituição Federal? Sim, a solução para o problema está nos princípios constitucionais, de um lado o princípio da segurança jurídica e do outro os princípios da dignidade da pessoa humana, e do interesse do menor, da certeza das decisões judiciais, onde o julgador deverá por meio do princípio da proporcionalidade analisar qual princípio deve prevalecer, garantindo a verdade dos fatos através do exame de DNA e garantido o direito pleno a filiação. Por fim, buscando a melhor solução à problemática, será demonstrado como os Tribunais têm decidido acerca da matéria, diante disso, os ganhos pessoais são relevantes já que demanda um estudo sobre o processo Civil e a constituição, contribuindo de grande maneira sobre a experiência adquirida, além de representar um ganho jurídico e social importante, no sentido de fortalecer a corrente de operadores do Direito que lutam para que a verdade real seja sempre o objetivo da prestação jurisdicional, zelando pelo direito de cada cidadão.

Para o presente trabalho, serão usados além da opinião dos doutrinadores, artigos, estudos e debates encontrados em sites da Internet. Trata-se de pesquisa teórico-dogmática, também de natureza transdisciplinar, considerando o uso de alguns ramos do Direito especialmente, no direito de família, Civil, e direito constitucional. Será ainda dividido em 3 capítulos que serão direcionados a explicar:

Teremos as considerações iniciais e em seguida o primeiro capítulo tratará do instituto das coisas julgadas, explicando as diferenças entre coisa julgada formal e material, os limites da coisa julgada e a coisa julgada inconstitucional.

O segundo capítulo, será apresentada a paternidade seus critérios de aferição - jurídico, biológico e sócio - afetivo, as formas de reconhecimento -

voluntário e judicial- e, para finalizar, a ação de investigação de paternidade e seus aspectos relevantes.

Por derradeiro, o terceiro capítulo trará a fusão do primeiro e segundo capítulo, com base no marco teórico analisando a teoria da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade como prova do exame de DNA na instrução probatória, a querela nullitatis e a desconstituição da coisa julgada e o prazo máximo conforme o NCPC para nova ação, com a exposição das doutrinas que apoiam e rejeitam a tese abordada.

2 A COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO.

Existem inúmeras definições existentes, que variam conforme o momento histórico em que estão inseridas. Nos primórdios do direito romano surge a concepção materialista, a primeira registrada sobre este instituto, na qual era concebida a chamada res judicata como sendo a própria decisão judicial sobre a lide e não um atributo desta. Essa concepção originou a teoria processual da coisa julgada, utilizada nos dias de hoje, que a definiu como imutabilidade da decisão⁴.

As definições legais do instituto da coisa julgada encontram-se positivadas no parágrafo 3º, do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e no artigo 467 do Código de Processo Civil.

A compreensão do tema, não se esgota nesses dispositivos, pois é um conceito jurídico cujo conteúdo não fica restrito aos parâmetros fixados pelo legislador.

A doutrina majoritária adota o posicionamento de Enrico Tullio Liebman, o qual define coisa julgada como “qualidade de imutabilidade do conteúdo e dos efeitos de uma decisão judicial de mérito, uma vez findos todos os recursos

⁴ LEAL, ROSEMIRO, Pereira, **Teoria geral do processo: primeiros estudos** – 12. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014 p.197 e 199.

cabíveis”, ou seja, a coisa julgada deve ser interpretada como uma qualidade da decisão, um adjetivo e não como um efeito da sentença⁵.

Vejamos:

Incomoda os velhos pensadores do atual direito constitucional da coisa julgada. É que estão sempre agarrados á antiga convicção fetichizada de que o julgada. É de que o mérito significa a existência de um objeto (direto material) integrante de um pedido imediato. Esquecendo que a questão do mérito pode abranger um direito de defesa lesado ou ameaçado que pertença a um patrimônio jurídico incorpóreo, como a dignidade, liberdade, assim a coisa julgada no texto constitucional, mas da garantia de que pouco importando se a questão merital seja considerada substancial ou formal para sua revisibilidade.

Ocorre que com a evolução do Direito, em especial do Direito de Família, tem se discutido acerca dessa rigidez com que é deparado com situações que trazem à tona a verdade real dos fatos que já foram tratados em lides anteriores, como se dá nas ações de investigação de paternidade que foram julgadas sem a realização do exame de DNA, outrora por falta de recursos das partes por ser justiça gratuita, outrora pelo Estado que não providenciou a demanda.

A ordem jurídica introduzida pela constituição Federal priorizou a dignidade da pessoa humana. Proibiu qualquer designação discriminatória relativa à filiação, e ao assegurar os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227§6º).

2.1 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A referida doutrina ostenta no artigo 502 e seguintes do Código de Processo Civil a coisa julgada, em especial em seu art. 503 § 1º inciso I dessa resolução vai depender do julgamento do mérito.

⁵ LEBMAN. Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

A coisa julgada material está ligada a esta solução, a renúncia à pretensão produz coisa julgada material e se o autor não abrir mão da pretensão e apenas desistir da ação leva a desistência do processo sem solução de mérito, desistência da ação leva a extinção do processo produzindo coisa julgada formal⁶.

Neste contexto a coisa julgada formal está ligada a ação sem a solução de mérito. De acordo com o art 486 § 3º o autor só pode propor a ação 2 vezes, pois a desistência por três vezes há uma impossibilidade de propor nova ação causando a preempção.

§ 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando – lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Nelson Nery Júnior esclarece a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo⁷. Para a coisa julgada formal leva-se em conta, principalmente, a inimpugnabilidade da sentença, o momento em que se forma a coisa julgada. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. Não é objeto da garantia constitucional da CF 5, XXXVI (a lei não

⁶ Carlos Eduardo Rangel Xavier (Mestre em **Processo Civil** pela UFPR, Procurador do Estado do Paraná e Professor de Introdução ao Direito e Teoria Geral do Processo da Faculdade 1.2 – Educacional Araucária - FACEAR)

⁷ Nelson Nery Jr. & Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de processo civil comentado e**

Legislação extravagante, p. 682-683 (10ª ed. ver. ampl. e atual., Editora Revista dos Tribunais,

RT, São Paulo, 2008). Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, CF, Brasília,

5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/

Constituicao.htm

prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) , que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material).

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a título de comparação, os autores conceituam a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) como⁸:

A qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6º, § 3o), nem à remessa necessária do CPC 475 (...). Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material (...), mas não o contrário. A coisa julgada material é um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado (...). A característica essencial da coisa julgada material se encontra na imutabilidade da sentença, que não se confunde com sua eficácia (...)

2.2 LIMITES DA COISA JULGADA.

São elementos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo, conforme art.489 do NCPC, por limite entende-se a parte da decisão judicial que foi julgada. O que trataremos é nosso problema de pesquisa que é a relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade, que é nosso caso a ser tratado e como o Estado tem tratado esse viés de forma a solucionar conflitos. Pois o Estado está mais interessado em dar fim ao processo ou solucionar a ação com a resolução do mérito?

O art. 503 do NCPC dispõe ser a sentença que julga total ou parcialmente a lide, ele foi alterado para determinar que também esteja coberto pela coisa julgada,

⁸ Nelson Nery Jr. & Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de processo civil comentado e Legislação extravagante**, p. 682-683 (10ª ed. ver. ampl. e atual., Editora Revista dos Tribunais, RT, São Paulo, 2008). Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, CF, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

as questões prejudiciais decididas de maneira incidental do processo, deste que esteja presente o juiz, seja competente para exame delas, que sobre elas esteja um debate do contraditório efetivo e que o exame dela seja necessário ao exame principal.

O juiz do processo em curso deve julgar expresso e declarar que ela também está coberta pela coisa julgada. O art. 357 em seu inciso II do NCPC delimita as questões que ele vai examinar, e debater sobre as questões decididas, sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos.

2.3 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Para tratarmos do problema de pesquisa que é a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, vamos analisar a coisa julgada inconstitucional. Mesmo em dias atuais onde o DNA já existe como prova e ações que foram julgadas sem esse tal exame como meio de prova, outrora pelas partes outrora pelo Estado.

O novo código de processo de civil marca um prisma em ser art. 966 que a decisão de mérito transitada em julgado, pode ser rescindida no seu inciso VII quando:

Obtiver o autor, posteriormente ao transito em julgado, prova nova cuja a existência ignorava ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável

Contudo no mesmo código em seu art. 975 § 2º o prazo para recorrer na ação Rescisória será de 5 (cinco) anos em caso de prova nova e somente 2 (dois) anos contados do transito em julgado da última decisão proferida no processo.

Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito imprescritível, devendo ser levado em conta que as partes não podem ser

prejudicadas pelo tempo. Ou seja, o prazo do Novo Código de Processo Civil não atinge os casos anteriores a ele.

Para Enrico Túlio Liebman a coisa julgada era vista como a imposição da declaração de verdade contida na sentença. A partir daí não foi difícil conceber-se a coisa julgada como ficção de verdade, como verdade formal ou presunção de verdade⁹.

Nosso problema, no entanto enfatiza sobre a relativização da coisa julgada, onde discutiremos a lei fundamental (carta Magna) X Código de Processo Civil, defendida por Norberto Bobbio como a constituição Federal ser a norma fundamental¹⁰.

José Carlos Barbosa Moreira declara que a ação rescisória é uma ação que se pede para desconstituir a sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, da matéria nela julgada¹¹.

Existem dois métodos para recorrer à decisão judicial que são os recursos e as ações autônomas de impugnação, nesse sentido esclarece que enquanto o recurso impugna a decisão no próprio processo em que foi proferida, a ação autônoma de impugnação dá sempre lugar à instauração de outro processo. A ação rescisória é o exemplo clássico dessa segunda espécie¹².

A explicação ainda continua com Fredie Didier Jr, o pedido de rejuízo assume a natureza originária, desfazendo a coisa julgada, como uma ação

⁹ LEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

¹⁰ BOBBIO, NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. Ed. SP: Malone, 2006, p. 49

¹¹ Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562015000200002&lang=pt Acesso em 01 de outubro de 2018.

¹² Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562015000200002&lang=pt Acesso em 01 de outubro de 2018.

desconstitutiva, sua eficácia é em princípio ex tunc, fazendo sua eficácia retroativa¹³ conforme o artigo 485 do NCPC.

Com toda essa informação, podemos concluir que é possível a relativização, até mesmo sem ferir nossa Carta magna como preceito fundamental na teoria de Bobbio, garantindo certa garantia como remédio constitucional, onde todas as normas do nosso ordenamento devem estar de acordo com a constituição sendo nula toda ação que não adequar à lei fundamental do nosso ordenamento jurídico.

3 A PATERNIDADE E SEUS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO

Para estudar a paternidade é de extrema importância analisar a noção de família, tanto no aspecto biológico quanto no sociológico. Biologicamente, família é um conjunto de pessoas unidas por laços de sangue, que descendem de um tronco ancestral comum.

No direito Romano, a organização religiosa da família sobrelevava a todos os aspectos, onde cada família tinha a sua religião e seus deuses particulares, onde o casamento (confarreatio) era o cerimonial de admissão da mulher a este culto. E sua descendência transmitia de varão a varão, a descendência que continuaria os ritos contava somente na linhagem masculina¹⁴.

Caio Mário, explica que o pai de família era ao mesmo tempo, sacerdote, juiz e chefe e pertencia a família aqueles que estavam debaixo de sua autoridade, que compreendia o poder sobre os filhos, mulher e escravos¹⁵.

¹³ DIDIER JR, Fredie **Curso de Direito Processual Civil nos tribunais**, recursos, ações de competência originaria de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originaria de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 14 ed. Reform. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017 p. 484

¹⁴ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000200215&lang=pt **Paternidade e paternagem em famílias patrifocais**. Acesso em 08 de outubro de 2018

¹⁵ Idem

Em 1.804 o Código Civil Brasileiro adota o modelo de família matrimonializada (legítima), constituída através do casamento, e dando origem da ideia da certeza da paternidade.

No Código Civil de 1916 houve a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. Onde os filhos legítimos eram os concebidos durante a constância do casamento. E os fora do casamento eram chamados de filhos ilegítimos, pois estavam fora da união matrimonial. Porém tal pensamento, o marido pode e poderia entrar com ação negatória de paternidade sem prazo de decadência com base em provas infundadas, só porque estava debaixo de termos sacramentais, ou seja, se ele fosse casado, automaticamente o filho seria dele.

Carvalho Dimas vai além quanto aos filhos tanto concebidos na constância da união quanto aos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos depois de estabelecida a convivência conjugal ou nos 300 (trezentos) dias subsequentes a dissolução¹⁶. Conforme art. (1.597 do CC).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, prioriza o princípio da dignidade da pessoa humana, ele põe fim às discriminações relativas à filiação, assegurando igualdade de direitos e qualificações aos filhos havidos fora do laço matrimonial:

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

Caio Mário define que o requisito do objetivo do reconhecimento é atribuir o *status* ao filho, embora não se exijam termos sacramentais, é indispensável que do ato emergja inequivocamente o propósito de reconhecer¹⁷.

Com o novo direito de família, o reconhecimento do filho tanto voluntário quanto judicial produz efeitos *ex tunc*, retroagindo a data do nascimento para resguardar os direitos da concepção.

¹⁶ CARVALHO, DIMAS Messias de – **Direito das Famílias** – 5º ed. Sp: Saraiva, 2017, p. 625. **Efeitos do reconhecimento da filiação**

¹⁷ PEREIRA, CAIO Mário da Silva, **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos**, Rio de Janeiro, Forense, p.65

Carvalho dias de Messias expõe os efeitos do reconhecimento, vejamos:

A – estabelecer liame de parentesco entre o filho, seus pais e os parentes destes;

B – impedir que o filho reconhecido, que não reside com o genitor que o reconheceu, direito a assistência e alimentos (art. 1611 do CC);

C – dar filho reconhecido, que não reside com o genitor que o reconheceu, direito a assistência e alimentos;

D – sujeitar o filho reconhecido, se menor, ao poder familiar do genitor que o reconheceu, e se reconhecido por ambos os pais, o deferimento da guarda compartilhada ou a apenas um deles, observando o que melhor atender os interesses do menor;

E – conceder direito à prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como a o filho reconhecido, estendendo-se aos parentes (art. 1.694 CC);

F – equiparar, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza;

G – autorizar o filho reconhecido a propor ação de petição de herança e a de nulidade de a partilha, por causa da sua condição de herdeiro¹⁸.

3.1 JURIDICO

A paternidade jurídica se dá no ato do registro do nascimento do filho, Caio Mário esclarece como ato jurídico, ou ato de vontade, o reconhecimento espontâneo da paternidade somente terá eficácia quando emanado do pai¹⁹.

O reconhecimento voluntário do filho pode ocorrer a qualquer tempo, antes de seu nascimento, durante a vida deste ou após a sua morte, admitido neste último caso, apenas, se o falecido deixou descendentes. Após o reconhecimento da

¹⁸ CARVALHO, DIMAS Messias de – **Direito das Famílias** – 5º ed. Sp: Saraiva, 2017, p. 620. **Efeitos do reconhecimento da filiação**

¹⁹ **Mario caio... p. 62**

paternidade é estabelecido o estado de filho afetivo, no qual é atribuído ao filho direitos que, por sua vez, provocam efeitos no campo jurídico.

Vejamos o que diz o Código Civil em seu artigo 1.609:

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Carvalho Dimas explica que a ação de paternidade tem caráter personalíssimo, vindo o filho a falecer capaz, é juridicamente impossível os netos postular reconhecimento da filiação em fase do avô, posto que falta-lhe legitimidade para agir e não pode pleitear direito alheio em nome próprio. Porém o Código Civil em seu artigo 1.609 permite o avô reconhecer a relação avoenga com os netos. E o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o estado de filiação é de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra o pai e seus herdeiros sem qualquer restrição, ampliando sobremaneira a busca pela filiação²⁰.

3.2 BIOLÓGICO

A paternidade biológica ocorre através relação sexual, onde os filhos tem laço genético com pai, recentemente o supremo Tribunal Federal, acolheu o

²⁰ CARVALHO, DIMAS Messias de – **Direito das Famílias** – 5º ed. Sp: Saraiva, 2017, p. 622. **Efeitos do reconhecimento da filiação**

entendimento de que o filho estar registrado em nome do pai de criação não retira o direito ao reconhecimento da paternidade biológica, com produção de todos os efeitos jurídicos.

Ocorre que mesmo o filho sendo registrado em nome do pai de criação não exclui o seu dever, se o filho foi registrado em nome do pai de criação não retira o direito ao reconhecimento da paternidade biológica, onde a Corte Constitucional aderiu a multiparentalidade dos pais afetivos e biológicos.

Para o Ministro Dias Toffoli, em seu voto declarou, “fez o filho, tem a obrigação” servindo de fundamento para reconhecer a dupla parentabilidade é o princípio da paternidade responsável, comprovou geneticamente, tem a obrigação e ponto²¹. Sendo possível ao filho o direito de ser reconhecido em seu registro a paternidade biológica com a Sócio afetiva.

3.3 SÓCIO – AFETIVO

A paternidade sócia afetiva é aquela constituída através do carinho, do afeto entre o pai e seu filho, conforme pesquisa feita, esse afeto paterno é mais visível na união estável, quando o pai vive com a mãe²².

A paternidade ou (paternagem) produz cuidados com os filhos, na provisão de suas necessidades materiais e afetivas, quer sejam suprir suas necessidades físicas ou emocionais dos filhos, cuidados com alimentação, higiene, saúde, amparo e doação de afeto²³.

A paternidade trás consigo automaticamente a filiação, e esta por sua vez traz o dever de cuidar e dar proteção à criança. A carta magna também prevê esse cuidado expresso em seu artigo 227.

²¹ CARVALHO, DIMAS Messias de – **Direito das Famílias** – 5º ed. Sp: Saraiva, 2017. Tópico. 2.6.6 **Efeitos do reconhecimento da filiação**

²² Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000200215&lang=pt. Acesso em 08 de outubro de 2018.

²³ Idem

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

Destarte, a paternidade é fator preponderante e necessário na criação dos filhos, sendo importante para o ser humano, principalmente quando se há a intenção de se buscar a paternidade.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

O tema proposto da relativização da coisa julgada é um dos mais controvertido da ótica processual contemporânea, segundo Flávio Tartuce. Para o jurista o assunto entra em cena no que concerne a ausência de provas em situações em que o exame de DNA não foi realizado. Prevê o enunciado n. 109 do CJP/STJ, da I jornada de Direito Civil, que a insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando, sobre a relativização da coisa julgada²⁴.

O jurista Nelson Nery Jr., aponta que algo próximo da relativização da coisa julgada era utilizado na Alemanha nacional – socialista, cujo objetivo era que Adolfo Hitler impusesse e consolidasse o seu poder tirânico, sendo para o renomado jurista algo perigoso para ao Estado Democrático de Direito e à Segurança Jurídica. Com isso a ideia passa a não ser aceita para alguns processualistas visto a coisa julgada ser nada mais intocável para o processo Civil²⁵.

Trataremos um ponto importante, sem ferir a Constituição Federal, ligado ao Direito de Família. O princípio da Dignidade humana, esse tema torna claro o direito

²⁴ TARTUCE FLÁVIO Direito civil, v 5: **Direito de Família**. – 12 ed. Ver. **Atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2017 – p.480.

²⁵ Idem, p. 480

explicito na Constituição visto ser direito, e se tal direito for denegrido ai sim vê uma afronta à constituição e onde estaria a segurança jurídica na coisa julgada da lide?

Pois bem! Maria Helena Diniz sustenta que sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever se ia ainda admitir a revisão da coisa julgada para fins de investigação de paternidade em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito a identidade genética e a filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência probatória. (Diniz, Maria Helena. Curso..., 2002. p.408)²⁶.

Importante então, apresentar julgado do STF sobre o assunto:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 363889, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO

²⁶ TARTUCE FLÁVIO Direito civil, v 5: **Direito de Família**. – 12 ed. Ver. **Atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2017 – p.480.

DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420)

Observa-se que no presente julgado, a Ação de Investigação de Paternidade foi negada por falta de provas, e o DNA existente aproximadamente desde 2002 não foi utilizado. Na decisão apontada um dos julgadores, Ministro Gilmar Mendes disse que entende desde O começo a situação, de fato, é chocante e sensibiliza, tendo em vista existência, a possibilidade e a disponibilidade do exame; o pedido feito pela parte; a tentativa de obter o exame; e a impossibilidade de custeá-lo. De fato, onde está a falha do aparato estatal, aqui manifestado pelo Poder Judiciário? Não ter tomado qualquer providência. Aqui há uma falha no que diz respeito a um dever de petição. O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator) disse que não, houve o pedido. Deveria ter-se determinado que o Poder Público arcasse, assim como o legislador local o fez depois: criou a lei²⁷.

Entretanto a problematização vai mais além, o Estado está mais interessado em julgar a lide com mérito ou simplesmente findar o processo por erro seja do juiz ou do advogado que não formulou em sua inicial um pedido de exame gratuito a justiça? Visto que o autor é beneficiário de justiça gratuita.

O Min. Relator disse: Ainda que a coisa julgada material, formada em demanda ajuizada quando o autor tinha oito anos de idade, não poderia servir de óbice a que, mesmo com vinte e oito anos atualmente, não seja garantido ao filho o direito a “uma resposta cabalmente fundamentada, calcada em uma prova de certeza inquestionável, acerca de sua veraz origem genética”. Como fundamento, assinalou-se que a garantia da coisa julgada material não poderia ser concebida em termos absolutos, devendo ceder passo à busca pela verdade em concretização ao direito personalíssimo em jogo.

Nos dias atuais o exame de DNA (pai e filho) está em torno de R\$ 368,00 (trezentos e sessenta e oito reais),²⁸ é um valor acessível, porém se o autor declara não ter meios, bastaria apenas um pedido para que ele entrasse na fila de espera do Estado, para enfim solucionar a ação com louvor de mérito, porém na época da ação o valor era altíssimo:

Encontram-se em oposição, no caso presente, de um lado a garantia fundamental da coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), informada pelo princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput), e, de

²⁷ Supremo Tribunal Federal /Inteiro Teor do Acórdão **RE 363.889 / DF** - Página 168

²⁸ **Laboratório Análise**, Caratinga\MG, Acesso em 20 de setembro de 2018.

outro, segundo a argumentação dos recorrentes, o direito fundamental à filiação (CF, art. 227, caput e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). Essa última é pertinente à hipótese pelo fato de, na primeira demanda, ter sido a insuficiência de recursos o motivo para a falta de realização do exame de DNA – cujo custo, na década de 1980, era de U\$ 1.500,00 (mil e quinhentos dólares) –, o que levou, ao final, à improcedência do pedido por ausência de provas, como consta do seguinte trecho da sentença já transitada em julgado, proferida em 1992²⁹.

Nossa carta magna visa e deixa explícito o princípio da dignidade humana, onde o Direito de Família ganha força defendendo tal princípio, existiria esse direito para uma criança se ela quisesse conhecer sua origem e se esse direito fosse tirado dela simplesmente, porque a lide julgou uma ação ausente de provas? Pois bem! Com certeza não, a Constituição Federal entra neste cenário sem contrapor os princípios da segurança jurídica, para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana sem ferir a constituição, é possível sim relativizar e preponderar a ação como meio de pacificação social.

Pode até aparecer novos casos de coisa julgada material que alguns juristas vão querer relativizar, sendo que nem sempre o raciocínio deste tema será com o objetivo de manter a paz social, pois poderá acarretar também um grave problema de insatisfação social, mas vamos nos manter somente no caso de investigação de paternidade sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

A teoria de Alexy, depende ineludivelmente da proporcionalidade³⁰, esta precisa, a meu ver, de certas precisões em sua definição e em sua utilização. O intérprete tem total liberdade para escolher o critério pelo qual fará a comparação entre os direitos em colisão e a ponderação pela qual decidirá por um direito ou pelo outro; com isso, a proporcionalidade não é a relação otimizada de adequação e necessidade entre os direitos em jogo, mas a relação entre o critério adotado para

²⁹http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Min_Luiz_Fux_RE_363889_coisa_julgada_e_DNA.pdf. Voto do marco teórico p.04

³⁰ TARTUCE FLÁVIO Direito civil, v 5: **Direito de Família**. – 12 ed. Ver. **Atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2017 – p.483.

se decidir e a decisão efetivamente tomada, correndo-se o risco de esta decisão não guardar relação alguma com os direitos em conflito, já que o critério escolhido pode servir mais para justificar a decisão tomada que para mensurar os direitos em jogo e estabelecer quanto de cada um deverá ser protegido em cada caso concreto.

Robert Alex explica que os direitos fundamentais também se referem a posições jurídicas, porém não são caracterizados pela natureza absoluta e excludente dos direitos subjetivos. Eles visam à proteção de certos atributos de seu titular, em geral relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que só podem ser limitados pela incidência de outro direito fundamental.³¹

Para Candido Rangel Dinamarco a segurança jurídica aqui retratada pela coisa julgada, não pode nem deve ser encarado como algo absoluto, muito ao contrário, deve a coisa julgada ser encarada como algo absoluto e sim deve a coisa julgada ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes a produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.³²

Portanto deve haver um princípio de proporcionalidade entre os princípios da justiça e da segurança jurídica como meio de evitar erros por determinado poder, para tanto garantir mérito a lide, como manter a paz social entre normas em conflito. No presente estudo, o juiz que julgou a ação reconhece o erro e entende que a criança precisa ter seu amparo fundamental e questiona, como passaram por despercebidos, uma vez que já existia DNA na época da ação.

4.1 A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

Como vimos anteriormente, a lei estabelecia presunção de verdade para filhos nascidos na constância do casamento, e os filhos que não são reconhecidos

³¹ PONDERAÇÃO DE DIREITOS E PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS, Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200577&lang=pt Acesso em: 16 de novembro de 2018.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 118

voluntariamente pelo genitor poderá ter seu direito pleiteado por meio de ação de investigação de paternidade, tendo seus direitos reconhecidos através da sentença.

A ação de investigação de paternidade é um instrumento que o filho não reconhecido voluntariamente pode entrar contra o pai e seus herdeiros, com o objetivo de ser reconhecido como filho, tendo seu direito de filiação e reconhecimento em seu registro, essa ação é inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Este tópico visa demonstrar a importância do exame de DNA como meio de prova em casos do genitor não querer reconhecer o filho, o reconhecimento voluntário ou judicial do filho produz efeito ex tunc, retroagindo a data do nascimento e resguardando os direitos deste a concepção.³³ Cabe ainda ressaltar que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, porém essa recusa leva ao investigando uma presunção relativa de verdade sobre o reconhecimento de paternidade.

O exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá a certeza de quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. O exame veio em questão veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida, baseada no relacionamento sexual plurimo da mãe do investigante, onde fazia um estrago na vida íntima da mãe, pois essa prova violadora da intimidade e da dignidade humana, atualmente, não há mais a necessidade dessa indesejada investigação, podendo ser reparada por danos morais nos casos de sua utilização.³⁴

Com o advento do exame de DNA e sua incorporação como prova pericial em virtude do recente dever disposto em Lei de que o Estado deve custear a realização do exame de DNA para hipossuficientes, o número de pessoas almejando a chance de propor novamente suas ações tem crescido de forma substancial. Pois a busca foi tamanha, que há uma fila de espera para pessoas que entraram sob justiça gratuita. Buscam a relativização da coisa julgada que se deu em sentenças que transitaram em julgado em discordância com a verdade real conhecida a posteriori via a realização do exame que à época da ação não existia, ou até mesmo

³³ Carvalho Dias de Messias, **Direito das Famílias** tópico 265

³⁴ Tartuce, Flávio **Direito Civil**, v. 5 p.484

era um valor considerável dificultando o acesso a certos tipos de pessoas, o exame de DNA era para alguns desconhecido ou inviável financeiramente ou, ainda, irresignadas com ações que foram sentenciadas como improcedentes por insuficiência de provas.

Contudo, pode o réu da ação negar de fazer o exame de DNA? Essa dúvida também teve os juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Panplona Filho³⁵, onde os juristas lembram um caso onde uma juíza julgou um caso e mandou levar a força, porem o alegado disse que tinha pânico em tirar sangue, onde o caso teve uma rediscussão no Supremo Tribunal Federal que por 6 votos a 5 considerou que isso atingia o direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele a presunção de que realmente fosse o pai.³⁶

Logo vemos um conflito de direitos, direito da personalidade x direito fundamentais, direito do filho de ser reconhecido e ter seu registro com o nome do pai e o direito da integridade física e a intimidade do investigando, para solucionarmos esse problema, recorreremos o artigo do 489 § 2 do novo Código de Processo Civil:

São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ainda, cabe ressaltar o Enunciado N° 274 do CJF/STJ, da IV jornada de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

³⁵ **Novo Curso...** 2004, p 455

³⁶ Tartuce, Flávio **Direito Civil**, v. 5 p.484

Então a solução para o problema entre conflitos de Direitos está na ponderação da ação, deste modo não feriria nenhum direito e julgaria com equidade a lide.

Ainda cabe ressaltar nesse tópico interessantíssimo, que o investigando (réu) no caso, ele pode negar sim de fazer o exame médico, mas contra ele cabe os artigos 231 e 232 do Código Civil:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

E a sumula 301 do Superior Tribunal de Justiça, prescreve, que em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade³⁷. Deixando claro que sua recusa será apreciada com contexto probatório!!! Não é demais, com isso a criança terá seus direitos reconhecidos mesmo sem a comprovação de tal exame, atuando o juiz em prol da dignidade do suposto filho.

Encerra-se esse debate de conflitos garantindo o reconhecimento de direito do filho.

4.2 A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

Ao adentrar neste tópico, vemos que a coisa julgada produz em alguns casos, paz social, ou seja deveria produzir tal efeito, com a evolução do direito de família se refaz necessário rever tal preceito no que tange a investigação de paternidade, de um lado a coisa julgada e a sua intangibilidade absoluta em garantir a estabilidade das relações e do outro há o senso de justiça.

³⁷ Tartuce, Flávio **Direito Civil**, v. 5 p.486

E o que seria mais justo que solucionar a verdadeira identidade biológica do filho na investigação de paternidade? Pois Renan Lotufo ao falar da investigação de paternidade deixa claro que a doutrina e jurisprudência reconhece sua imprescritibilidade, como direito da personalidade, esse interesse em busca de sua identidade pessoal que só pode ser atribuído através da filiação³⁸.

O código Civil de 1916 estabelecia alguns prazos para contestar a paternidade, vejamos alguns: o filho maior de 18 anos tinha 4 (quatro) para contestar sua filiação, enquanto o pai tinha apenas 2 (dois) meses se presentes e 3 (três) meses se ausentes, para contestar a paternidade de filho havido na constância do casamento. Apesar do Código Civil estabelecer tais prazos a jurisprudência permitia após o prazo o ingresso de ações negatórias de paternidade, deste que bem fundamentada.

Com a chegada do exame de DNA, não cabe mais a presunção de paternidade, logo os avanços da medicina propiciam ao direito a busca da verdade real, mitigando a verdade formal. Servindo de amparo nas decisões julgadas antes do advento que estão amparadas pela coisa julgada.

A sociedade vem passando por diversas mudanças, com isso o direito em si também passou por um aprimoramento, em especial o direito de família, em relação as ações de investigação de paternidade graças ao avanço da medicina.

Através do exame de DNA, algumas sentenças julgadas podem ser corrigidas, tanto para reconhecer a paternidade, como para extinguir a paternidade, a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade tem como princípio a dignidade humana, como um dos preceitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico.

Candido Rangel Dinamarco, expõe que é inadmissível que o direito material não pode ser suplantado com o direito processual³⁹ com isso envolve conflito de valores amparados pela constituição Federal, ou seja, a coisa julgada, o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁸ LOTUFO, Renan. **Questões pertinentes á investigação e a negação da paternidade**. Revista Brasileira de Direito de Família – nº 11. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.46

³⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit. p. 248 -249

Resta claro a importância de discutir e de reconhecer as questões que envolvem a paternidade, já que o próprio direito passou por mudanças e a medicina evoluiu em seus avanços científicos, não cabendo mais negar a mutabilidade do Direito, ao discutir a investigação de paternidade.

Com isso a coisa julgada deve ser analisada de forma cautelosa com o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, para buscar a verdade real dos fatos, através da ponderação analisar o princípio da proporcionalidade no caso concreto.

Leila Carioni Barbosa, ao expressar sobre o princípio da proporcionalidade, defende que este não é um verdadeiro princípio, mas sim uma estrutura formal, que consiste num método de interpretação e ponderação de bens e direitos⁴⁰.

Para Carvalho Dimas, os princípios são normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica. [...] “princípio” é uma regra reportadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo.⁴¹

Portanto, podemos observar que princípios são comandos impregnados de valores, que irradiam efeitos para a interpretação de todo o direito positivo. Logo, a moralidade, a razoabilidade/proporcionalidade, a segurança jurídica, dentre outros, deve ser tomada em conjunto e, no confronto entre os mesmos, deve ser mantido o valor de cada um a fim de que sua existência não venha a anular a existência de outro.

Para Costa o princípio da proporcionalidade surge exatamente como equacionador da colisão desses princípios fundamentais, a ser utilizado pelo

⁴⁰ BARBOSA, Leila Carioni. Princípio da proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais. Revista Discente on-line. CPGD-UFSC. Ano I. n° 1. dez. 2002. Disponível em <<http://ccj.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>> Acesso em 05 de Nov.2018.

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. In: SIMPÓSIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 2001. Campo Grande. Anais... Campo Grande: UCDB, p. 11-34, 2001.

operador do direito na ponderação dos valores de que deverão prevalecer no caso concreto, inclusive quando da mitigação da coisa julgada.⁴²

A coisa julgada é a garantia constitucional, porém não implica afirmar que essa garantia seja absoluta. Nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização. E esta relativização, frise-se, pode ser inferida do sistema ou imposta até mesmo por norma infraconstitucional. Em primeiro lugar, infere-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de relativização de garantias constitucionais como decorrência da aplicação do princípio da razoabilidade, o qual é consagrado na Constituição através do seu art. 5º, LIV, que trata do devido processo legal. Assim é que diante de um conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através da ponderação dos interesses em disputa.

Ainda no plano dos princípios constitucionais, não há dúvida que o direito a dignidade, ao respeito e a convivência familiar constitui um direito fundamental do menor, contribuindo para uma vida digna.

Segundo Albuquerque é preciso, cada vez mais, tornar flexível a tutela jurisdicional, no sentido de adaptá-la às necessidades do desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento efetivo de proteção das situações de direito substancial⁴³.

A visão da coisa julgada como algo absoluto, imutável, submete o direito material ao direito processual, cujo objetivo deste é, sinteticamente, “dizer o direito” aplicável aos conflitos que lhe são submetidos. Ambos devem harmonizar-se, uma vez que vivem numa relação de dependência intrínseca.

⁴² Costa. Op. Cit.2003

⁴³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Institutos equivalentes à ação rescisória. Revista de Processo. São Paulo. v. 28. n. 112. p. 124-150. out./dez. 2003.

4.3 A QUERELA NULLITATIS E A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA.

A querela *nullitatis* nada mais é que a anulação da sentença, como vimos no presente estudo a decisão judicial pode ser impugnada pelo recurso e a ação rescisória, ambos servem tanto para impugnar *errores in procedendo* quanto *errores in iudicando*. Podendo discutir a validade e a justiça da sentença. Piero calamandrei, demonstrou que o surgimento da querela *nullitatis* deu –se no direito intermédio, sendo instituto desconhecido do direito romano (p. 164). Para o direito romano sentença nula era sinônimo de sentença inexistente (p.168) passando a ser defeito de uma sentença existente. Posteriormente a querela *nullitatis* passou a ser admitida para impugnar sentenças injustas em situações de extrema gravidade e evidência (p.195). Não sendo admitida em nosso sistema brasileiro nesse sentido.

O recurso é o meio de impugnação da decisão judicial dentro do processo em que a decisão foi proferida até o transito em julgado, já a Ação Rescisória é o meio de desconstituição da coisa julgada, que pode ser manejada, em regra, dentro do prazo de dois anos.⁴⁴

Somente há duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória, o primeiro caso é da decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu a sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art.525 § 1º,I e art. 535, I CPC) distinguindo da ação rescisória, pois enquanto uma apresenta prazo, a querela *nullitatis* não está sujeita a prazo e serve somente para invalidar a sentença.

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originaria de tribunal e querela nullitatis**,/ Fredie Didier Jr., Leonardo carneiro da Cunha - 14 ed. Reform. – Salvador : Ed. JusPodivm, 2017, p.655.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia tratou da relativização da coisa julgada material em ações de investigação de paternidade, analisando o erro nas sentenças que findam transitando em julgado. Dentre as hipóteses citadas e analisadas estão a negativa do réu em submeter-se a realização do exame, a falta de pedido por parte do juiz ou Ministério público, a falta de recursos financeiros do autor para custear o exame, ou ainda, a situação em que não existia o exame à época ou não era de conhecimento amplo. Vimos através do presente estudo a evolução do Direito, e que não para por aqui, sempre em constante evolução e mudanças, como no presente estudo o Direito de Família.

O presente trabalho buscou entender o atual caminho que o tema da relativização da coisa julgada vem seguindo dentro do campo das ações de investigação de paternidade julgadas antes e depois do advento do exame de DNA.

Podemos notar que de um lado o princípio da segurança jurídica se confronta claramente com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o direito de personalidade.

O tema proposto acima alcançou um índice maior de justiça, essa é uma opinião pessoal, onde os Tribunais Superiores vêm decidindo, caso a caso, pelo melhor entendimento de que o direito de personalidade não pode ser deixado de lado. Nesse contexto O que se analisa não é uma quebra de confiança no judiciário, mas sim uma certeza maior de que podemos, através dele, encontrar respaldo e segurança para que os reais interesses sejam preservados através da verdade real dos fatos.

Verifica-se no presente estudo as sentenças que transitaram em julgado baseada em uma realidade formal presumida, uma vez que se dá sem a realização do exame de DNA como prova pericial, oportunizando assim a criação de uma sentença que pode não estar em conformidade com a verdade real presumida.

Com o advento do exame de DNA e sua incorporação como prova pericial em virtude do recente dever disposto em Lei de que o Estado deve custear a realização do exame de DNA para hipossuficientes, o número de pessoas almejando a chance

de propor novamente suas ações tem crescido de forma substancial. Pois a busca foi tamanha, que há uma fila de espera para pessoas que entraram sob justiça gratuita. Buscam a relativização da coisa julgada que se deu em sentenças que transitaram em julgado em discordância com a verdade real conhecida a posteriori via a realização do exame que à época da ação não existia, ou até mesmo era um valor considerável dificultando o acesso a certos tipos de pessoas, o exame de DNA era para algum desconhecido ou inviável financeiramente ou, ainda, irredimidas com ações que foram sentenciadas como improcedentes por insuficiência de provas.

No presente estudo não se contesta a coisa julgada, mas sim sua flexibilização, conforme nossa sociedade evolui, o direito deve evoluir também, sendo colocado à tona os conflitos existentes e o que se espera é que os interesses mais importantes sejam levados em conta. A justiça não é rígida e imutável, apenas deve ser moldada para alcançar a igualdade e promover a paz social da lide, através do equilíbrio das garantias constitucionais ao longo do tempo.

Ao analisar a precisão do DNA, é possível alcançar a verdade real e possibilitar que o filho saiba sua verdadeira origem, graças relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

A questão trazida vem sendo solucionada através do princípio da proporcionalidade para que o julgador, em cada caso apreciado decida pela relativização, permitindo ao filho conhecer sua origem biológica.

Cabe ressaltar que ainda que constitua coisa julgada na investigação de paternidade sem a realização do DNA deve o julgador possibilitar a desconstituição, sob pena de consagrarem injustas e ferir o princípio da dignidade humana em prol da segurança jurídica.

A criança tem o direito de ser reconhecida e usufruir dos direitos inerentes a descoberta e da mesma forma não se pode exigir daquele que sabe não ser pai a obrigação de levar adiante tal fardo, pois assim não haveria justiça para ele, sendo assim, o ordenamento jurídico visa preservar a dignidade humana e solucionar o problema através da segurança jurídica e promover a paz social.

Reconhecida a ação de investigação de paternidade pode ela ser retificada em registro público, visando constituir um vínculo afetivo de parentesco e sanar o erro injusto.

Sem esquecermo-nos da querela Nullitatis, admitida como um remédio constitucional contra os vícios inconstitucionais, insanáveis que fizeram a coisa julgada. Anulando a coisa julgada, para garantir o princípio da dignidade humana.

Para finalizar devemos respeitar os ensinamentos constitucionais, assim, existindo conflito entre a segurança jurídica e outro princípio fundamental, deve o caso concreto ser minuciosamente analisado e ponderado a importância de cada princípio no ordenamento jurídico, de modo a refletir o julgamento com segurança jurídica e com julgamento com mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leila Carioni. **Princípio da proporcionalidade e colisão de 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 05 de Nov. de 2018.

BOBBIO, NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. Ed. SP: Malone, 2006.

Carlos Eduardo Rangel Xavier (Mestre em **Processo Civil** pela UFPR, Procurador do Estado do Paraná e Professor de Introdução ao Direito e Teoria Geral do Processo da Faculdade E1.2 – ducacional Araucária - FACEAR)

CARVALHO, Dimas Messias De - **Direito das Famílias** - 5º ed.- São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Vide Emenda Constitucional nº 91, de 2016

Emendas Constitucionais/Emendas Constitucionais de Revisão

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Maheiros, 2001. Op. Cit., p. 118

DIDIER JR, Fredie - Curso de Direito Processual Civil nos tribunais, recursos, ações de competência originaria de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originaria de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 14 ed. Reform. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/177525505/a-coisa-julgada-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro> . Acesso em 05 de maio de 2018

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 05 de maio de 2018

Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562015000200002&lang=pt Acesso em 01 de outubro de 2018.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000200215&lang=pt **Paternidade e paternagem em famílias patrifocais**. Acesso em 08 de outubro de 2018

Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais, Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200577&lang=pt .Acesso em: 16 de novembro de 2018.

LEAL, ROSEMIRO, Pereira, **Teoria geral do processo: primeiros estudos** – 12. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEBMAN. Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) **A coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Pereira, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio Janeiro, Forence, 1998.

Supremo Tribunal Federal /Inteiro Teor do Acórdão RE 363.889 / DF - Página 168

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. 12 ed. rev., atual.e ampli. – Rio de Janeiro, Forense, 2017.

WALD, Arnoldo, **O novo direito de família**: 12° ed. Revista, atualizada e ampliada pelo autor – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.(Curso de direito civil brasileiro).