

MARINA DE MOURA LEITE

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

CURITIBA

2006

MARINA DE MOURA LEITE

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

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Ribas Malachini
Co-orientador: Prof. Eduardo Talamini

CURITIBA

2006

RESUMO

O presente trabalho objetivou esclarecer o tratamento dado à construção da teoria da relativização da coisa julgada, abordando mais especificamente o seu tratamento nas ações de investigação de paternidade. Para tanto, foi necessário desenvolver a visão geral do próprio instituto, incluindo a análise do conceito adotado pelo ordenamento jurídico, um breve retrospecto histórico de seu tratamento no Brasil e seu atual enfoque constitucional. A seguir, foi qualificada a formação da coisa julgada ao final do processo. Quanto à própria questão da relativização da coisa julgada, apresentou-se tanto a opinião da doutrina contrária quanto aquela favorável a tal possibilidade, posição esta adotada no presente estudo. Posteriormente, delimitou-se que a relativização ocorre frente à coisa julgada que afronta a Constituição, pelo uso das formas legais já previstas para a desconstituição. Subsidiariamente, apresentou-se a teoria da sua quebra pela via atípica, baseada no conflito de valores constitucionais e aplicação do princípio da razoabilidade. Por fim, tratou-se de adequar a quebra da coisa julgada nas investigações de paternidade, definindo-se o seu cabimento e quais as formas processuais apropriadas, abordando as peculiaridades do reconhecimento do direito à filiação e suas disposições no plano civil e constitucional.

Palavras-chave: Coisa julgada. Relativização. Investigação de paternidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 06 |
| | |
| 2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA | 08 |
| 2.1 CONCEITO | 08 |
| 2.2 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO <i>RES IUDICATA</i> | 10 |
| 2.3 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL | 12 |
| | |
| 3. A FORMAÇÃO E O ALCANCE DA COISA JULGADA | 15 |
| 3.1 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL | 15 |
| 3.2 OS LIMITES OBJETIVO E SUBJETIVO DA COISA JULGADA | 17 |
| 3.3 A FORMAÇÃO DA SEGUNDA COISA JULGADA SOBRE A MESMA LIDE | 19 |
| | |
| 4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA | 21 |
| 4.1 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAR A COISA JULGADA | 21 |
| 4.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL | 23 |
| 4.3 FORMAS TRADICIONAIS DE ATAQUE À COISA JULGADA | 24 |
| 4.4 QUEBRA ATÍPICA DA COISA JULGADA | 27 |
| | |
| 5. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE | 30 |
| 5.1 BREVES ASPECTOS SOBRE O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO | 30 |
| 5.2 DA COISA JULGADA <i>SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES</i> | 31 |
| 5.3 FORMAS DE RELATIVIZAR A COISA JULGADA NAS AÇÕES QUE ENVOLVEM O DIREITO À FILIAÇÃO | 33 |
| 5.4 PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA | 37 |

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 40 |
| REFERÊNCIAS | 43 |

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do tema referente à relativização da coisa julgada, o qual suscita controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, seja em razão de seu debate ainda recente seja em razão da própria natureza polêmica do tema.

Críticas são feitas acerca da possibilidade de relativizar a coisa julgada em determinadas hipóteses em virtude do rigorismo com o qual é tratado o instituto da coisa julgada. Entretanto, conforme será exposto nesse trabalho, a quebra da *res iudicata* se torna imprescindível diante de situações que desequilibram o sistema jurídico por afrontarem a Constituição, entrando inclusive em dissonância com a realidade dos fatos, como os casos envolvendo ação de investigação de paternidade que estabeleceu filiação contrária àquela apontada por posterior exame pericial de DNA.

Necessário se torna, portanto, o estudo das formas de relativizar a coisa julgada através do ordenamento jurídico brasileiro. O ponto de partida é a ação rescisória, uma vez que prevista pelo o próprio legislador constituinte e regulada pelo legislador infraconstitucional (artigos 102, I, j, 105, I, e, 108, I, b, da CF e artigo 485, do CPC). Outras vias abordadas nesse estudo para atacar as sentenças em desacordo com a Constituição, base do Estado Democrático de Direito, são a *querela nullitatis*, os embargos á execução com base no artigo 741, parágrafo único, do CPC e quebra pela via atípica (sendo essa uma construção doutrinária, sem previsão legal).

A presente monografia divide em 3 (três) blocos a análise do tema. Os dois primeiros capítulos examinam o instituto da coisa julgada, desde o seu conceito, passando por um breve histórico, até a sua formação e concepção no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Já o terceiro capítulo adentra nas questões relacionadas à relativização da coisa julgada e o posicionamento da doutrina pátria, inclusive abordando as posições contrárias a tal criação. É nesse capítulo que se faz o exame da configuração da coisa julgada inconstitucional e das formas (sejam típicas ou atípicas) de desconstituí-la.

Por fim, o quarto capítulo trás um exame mais detalhado sobre o assunto específico que baseia o próprio título dessa monografia, qual seja, a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Nesse capítulo foi feito inclusive uma breve abordagem sobre a filiação no direito de família e o atual conceito de paternidade socioafetiva em contraposição ao conceito de paternidade biológica.

2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA

2.1 Conceito

O instituto da coisa julgada tem como finalidade tornar as sentenças indiscutíveis e imutáveis, de forma a refletir uma preocupação com o cumprimento dessas questões já decididas judicialmente, não permitindo eventuais alterações.

O ordenamento jurídico brasileiro, em relação à formação da coisa julgada, adota a teoria elaborada pelo autor italiano Enrico T. Liebman¹, segundo a qual a coisa julgada não seria um dos efeitos da sentença, como entendia a doutrina anterior (fortemente inspirada no pensamento italiano e germânico sobre o assunto), mas sim, *uma qualidade da sentença, abrangendo todos os efeitos que ela produz*.

Essa distinção se mostra importante e necessária, não se confundindo a coisa julgada com um dos efeitos da sentença, quais sejam, os efeitos condenatório, declaratório, constitutivo, executivo ou mandamental (considerando a atual divisão quinária das ações de Pontes de Miranda²), uma vez que esses efeitos podem se extinguir ou até se manifestarem antes do trânsito em julgado da sentença. Por exemplo, quando há o cumprimento da obrigação de pagar o crédito pelo devedor antes do trânsito em julgado da sentença, e pela execução provisória da sentença, cujo recurso cabível não possui efeito suspensivo, como os recursos extraordinários ou na possibilidade de aplicação do artigo 520, do CPC para os recursos de apelação.

A doutrina anterior à teoria de Liebman entendia, em sua maioria e por influência da doutrina alemã, que a coisa julgada se vinculava à eficácia declaratória contida na sentença, sendo, conseqüentemente, um efeito dela, como são os demais efeitos produzidos. Ou seja, a coisa julgada recairia sobre a declaração contida no *decisum*. Entretanto, conforme a crítica feita por Liebman³, tal entendimento possui um

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 54.

² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 18.

“erro lógico” eis que ao colocar a coisa julgada ao lado dos demais efeitos da sentença mistura “elementos heterogêneos”. Os efeitos da sentença podem ser produzidos externamente antes da formação da coisa julgada no processo, como é o caso da já mencionada execução provisória (no ordenamento pátrio, nos moldes dos artigos 587 e 588, do CPC). Ainda conforme Liebman, a formação da coisa julgada, que ocorre *sobre* os efeitos da sentença, é necessária para “qualificá-los e reforçá-los”⁴, sendo um *plus* a esses efeitos.

A maioria dos autores brasileiros se filia à teoria elaborada por Liebman, enquanto que outros apresentam algumas modificações conceituais a ela. No pensamento de Barbosa Moreira⁵, a coisa julgada recairia sobre o conteúdo da sentença, ou seja, sobre a “*norma jurídica concreta*” formulada pelo juiz. Assim, a sentença se torna imutável, o que já não aconteceria com os efeitos a serem por ela produzidos (que podem ter o seu fim, por exemplo, com o pagamento do crédito).

Na esteira dessa idéia se inclina Ovídio B. da Silva⁶, para quem a coisa julgada também recai sobre o conteúdo da sentença, mais especificamente, sobre a eficácia declaratória nela inserida. A eficácia da sentença determina o “ser da sentença”, enquanto que os efeitos que ela produz serão sentidos no mundo exterior, podendo eles não serem produzidos (por exemplo, na ação de separação judicial, na qual o juiz decreta a dissolução do vínculo matrimonial, mas o casal resolve continuar a viver junto).

Na opinião de Pontes de Miranda⁷, que também segue as linhas gerais de Liebman, bastaria a formação da coisa julgada formal (ou seja, a impossibilidade de opor recursos à decisão, tornando-a imutável) para que se formasse a *vera sententia* e houvesse a produção de seus efeitos.

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, loc. cit., p. 40.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 112.

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*, vol. 1. 5ª ed., rev., atual., 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁷ MIRANDA, Pontes de. loc cit., p. 108.

Observa-se que, apesar das pequenas divergências expostas acima, a adoção da teoria de Liebman em relação à coisa julgada prevalece entre os doutrinadores brasileiros.

Por fim, necessária a transcrição do conceito de coisa julgada elaborado por Eduardo Talamini⁸: “A coisa julgada é apenas o aspecto de imutabilidade que se adiciona ao comando, impedindo que qualquer das partes ou ambas em conjunto pretendam ir a juízo meramente alterá-lo ou obter outro que lhe seja incompatível”.

2.2 Breve histórico do instituto da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da coisa julgada foi criado pelo direito romano, tendo se desenvolvido desde então. Por isso, primeiramente, se faz necessário examinar as concepções iniciais do instituto antes de observar sua abordagem no ordenamento pátrio.

Com base nos estudos dos textos elaborados à época romana, a coisa julgada pode ser analisada através dos diferentes procedimentos que existiram no transcórrer dos períodos arcaico, clássico e pós-clássico, quais sejam, o processo das ações da lei (ou *legis actiones*), o processo formular e o processo da *cognitio extra ordinem*.

Nos períodos arcaico e clássico, os processos eram bifásicos, tinham uma característica arbitral e privada e a sentença era vista como mera opinião (gradativamente, o caráter público do processo foi se acentuando). Segundo ensina Celso Neves⁹, no procedimento das *legis actiones*, cuja primeira fase era a chamada *litis contestatio*, aplicava-se a regra *bis de eadem re ne sit actio*. Tal regra, que foi criada anteriormente à própria Lei das Doze Tábuas, veda nova aplicação da lei (ao processo) duas vezes sobre a mesma relação jurídica.

Com a alteração ao processo formular, à sentença se acrescenta a qualidade de *iudicatum*, exigindo das partes determinado comportamento. Era necessário

⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

⁹ NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 10/11.

analisar se a *res deducta* já não havia sido analisada durante a *litis contestatio*, devendo ser argüida, então a *exceptio rei in iudicium deductae*. Se o julgamento sobre a matéria de direito já tivesse ocorrido, argüia-se a *exceptio rei iudicatae*.

Por fim, na *extraordinaria cognitio* firmou-se a idéia de que a *sententia iudiciis* é a prestação jurisdicional, passando o *iudicatum* a ser o próprio ato do juiz, e não simples consequência da sentença (o que influenciou a concepção atual). Distingui-se, definitivamente, a sentença da *res iudicata*, em razão “das vias de reexame que a tutela jurisdicional estatizada propiciou”¹⁰.

Após esse sucinto retrospecto romano sobre a origem do instituo, passa-se à análise do instituto da coisa julgada no Brasil. À época do Brasil imperial, era aplicado o direito positivo previsto nas Ordenações elaboradas pelo reino de Portugal, inclusive logo após a independência do país, com a continuação da vigência das Ordenações Filipinas. Foi mantida a sua aplicação com a elaboração da Constituição de 1824, a qual criou o Supremo Tribunal de Justiça (sendo posteriormente constituído como o atual Supremo Tribunal Federal, pela CF 1934). Essa corte tinha a competência de julgar eventuais pedidos de revista de sentenças de “manifesta nulidade ou injustiça notória”¹¹.

Já o Regulamento 737 (25/11/1850), que era aplicado ao direito comercial, após estendido às causas cíveis (pelo Decreto 763, de 19/09/1890), apresentou algumas inovações na matéria relacionada à coisa julgada, dentre elas a previsão de uma ação rescisória para desconstituir a sentença nula, diferenciando-a da revista (recurso esse interposto após a formação da sentença).

Previamente ao Decreto 763, foi editada a Consolidação das leis do Processo Civil (28/12/1876), sendo também conhecida por “Consolidação Ribas”. No que tange ao tema da coisa julgada, a consolidação se baseou nas interpretações doutrinárias da época (por exemplo, definindo o caso de litispendência com a tríplice identidade – partes, causa de pedir e pedido).

Apesar da instauração da República e do advento da Constituição de 1891, tal regulamento continuou em vigor em razão do decreto 763 (de 1890), porém, sendo

¹⁰ NEVES, Celso. loc. cit., p. 45.

¹¹ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 267.

definitivamente abolida a revista e inaugurado o recurso extraordinário, o qual discute decisões em desacordo com a lei federal e a Constituição. Essa Constituição também permitia que cada estado legislasse sobre a matéria de processo, os quais, por sua vez, se baseavam no Regulamento 737.

Como lembra Celso Neves¹², após a instauração da República, a primeira lei a tratar da coisa julgada foi a Lei de Introdução do Código Civil (01/01/1916), refletindo a idéia de ser um tema, àquela época, civilista. A questão apenas foi transportada ao processo civil com a emancipação integral da disciplina pelo Código de Processo Civil de 1939.

Outro marco deste instituto no Brasil foi a Constituição de 1934, a qual estabeleceu a competência da União para legislar sobre a matéria processual, além de ser a “primeira a expressamente consagrar a garantia da coisa julgada (art. 113,3) em fórmula similar à empregada pelo atual texto constitucional”¹³. Na seqüência, foi elaborado o já mencionado CPC de 1939, tratando mais especificamente dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, bem como das hipóteses de sua ocorrência.

Por fim, no intuito de reformar o processo civil brasileiro sob a ótica da moderna processualística, foi elaborado, em 1964, o que viria a ser o Código de Processo Civil de 1973. O texto mereceu elogios de Celso Neves¹⁴ em razão da sistematização da matéria sobre coisa julgada.

2.3 A coisa julgada como garantia constitucional

O instituto da coisa julgada é o instrumento necessário para garantir a atenção ao princípio da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, possui respaldo na Constituição Federal de 1988, sendo alçada como garantia constitucional no artigo 5º, inciso XXXVI, o qual proconiza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹² NEVES, Celso. loc. cit., p. 235-236.

¹³ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 274.

¹⁴ NEVES, Celso. op. cit. p. 242-243.

Para parte da doutrina, como por exemplo, José Delgado¹⁵ e Humberto Theodoro Jr.¹⁶, a proteção dada à coisa julgada pela Constituição se restringe apenas à proibição de lei posterior interferir na coisa julgada formada anteriormente. Para esses autores, a intangibilidade da coisa julgada estaria tratada apenas em âmbito infraconstitucional, sendo o princípio da constitucionalidade (dos atos dos poderes do Estado) hierarquicamente superior. Não haveria, portanto, um conflito principiológico quando entrassem em choque eventuais garantias constitucionais numa dada sentença.

Entretanto, a melhor visão é aquela exposta por Cândido Dinamarco¹⁷. Segundo o autor, esse dispositivo constitucional não se restringe apenas à irretroatividade da lei em face da coisa julgada formada em determinado processo, mas sim, garante a permanência do próprio instituto nesse ordenamento, vedando a sua subtração pelo legislador, sendo cláusula pétrea, em virtude do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF.

As regras da formação da coisa julgada servem para proteger o princípio da segurança jurídica, que é implicitamente previsto pelo ordenamento jurídico. Como ressalta J. J. Gomes Canotilho¹⁸, o princípio da segurança jurídica, que é essencial ao Estado de Direito, pode ser visualizado por dois aspectos; o primeiro, conforme a estabilidade das decisões judiciais, e o segundo, de acordo com a previsibilidade dos “efeitos jurídicos dos atos normativos”. Para o autor português, é a primeira visão que reflete a certeza jurídica inerente ao princípio da intangibilidade do caso julgado, o qual apenas poderá ser modificado com base em “pressupostos materiais relevantes”.

Quando é levantada alguma hipótese de relativização da *res iudicata* entram em conflito, no caso concreto, esse princípio da segurança jurídica e outro princípio

¹⁵ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 37.

¹⁶ THEODORO Jr., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 89.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Ajuris*, ano XXVII, nº83, tomo I, set/2001, p. 38-64.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 380.

constitucionalmente previsto, eventualmente sendo necessário a ponderação entre eles com base na proporcionalidade e na razoabilidade (como será melhor estudado no item 3.3).

3. A FORMAÇÃO E O ALCANCE DA COISA JULGADA

3.1 Coisa julgada formal e material

Apesar de o instituto da coisa julgada ser um só e refletir a imutabilidade do julgado, a lei e a doutrina, conforme ressaltou Humberto Theodoro Júnior¹⁹ em análise ao Código de Processo Civil, dividem a coisa julgada em coisa julgada formal e coisa julgada material.

A coisa julgada *formal* se revela quando da impossibilidade de interposição de qualquer outro recurso para modificação da sentença proferida (sentença aqui e em todo o estudo é mencionada no seu sentido amplo, englobando também os acórdãos proferidos pelos tribunais). É esse um efeito interno ao processo e que recai tanto sobre as sentenças que julgam o mérito do processo (definitivas), quanto sobre aquelas que põe fim ao processo sem análise do mérito (terminativas).

A sua formação está ligada à ocorrência do trânsito em julgado da sentença, mas não se confunde com ele. Quando não cabe mais nenhum recurso sobre a sentença prolatada, ou o recurso cabível não é interposto, ocorre o trânsito em julgado da decisão e, como consequência, há a formação da coisa julgada formal, impedindo a rediscussão da matéria naquele processo.

Necessário frisar, como fez Ada P. Grinover nas notas elaboradas no clássico livro de Liebman²⁰, que a diferença entre preclusão e coisa julgada formal é clara, apesar de haver entre eles uma relação de “antecedente-conseqüente”. A primeira corresponde à perda de uma faculdade processual, a qual pode ocorrer pelo decurso do prazo sem manifestação (temporal), ou atitudes incompatíveis (lógica), ou, ainda, a já realização do ato (consumativa). A preclusão que põe fim ao último ato do processo forma o seu trânsito em julgado.

¹⁹THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 476.

²⁰LIEBMAN, Enrico Tullio, loc. cit., p.68.

Por sua vez, a coisa julgada formal se refere à imutabilidade do *decisum* dentro daquele processo, que advém com o trânsito em julgado da sentença, sendo esse elemento temporal o ponto em comum das duas figuras.

Observe-se que a coisa julgada formal quando recai sobre as sentenças terminativas não impede a propositura de nova ação com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes, pela razão de não ter sido apreciado o mérito da lide (nos termos do artigo 268, do CPC).

Já a coisa julgada *material* somente se forma nas sentenças definitivas, uma vez que torna imutável, conforme afirmou Liebman, os efeitos produzidos por ela, os quais são projetados para fora do processo. Apesar do incompleto enunciado do artigo 467, do CPC, que trata esse fenômeno como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença”, sua definição complementar se localiza no artigo 485, *caput*, do CPC, o qual afirma que a formação da coisa julgada material apenas se constitui nas sentenças de mérito²¹.

Nesse sentido, afirma-se que as sentenças que possuem a formação da coisa julgada material serão precedidas pela formação da coisa julgada formal.

Sintetizando o exposto acima, relevante citar as definições propostas por Humberto Theodoro Júnior²²:

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

Portanto, de maneira geral, não é possível a re-análise do que fora decidido na sentença na qual se formou a coisa julgada material. Entretanto, essa regra possui exceções, podendo-se adiantar que elas estão previstas nas hipóteses de ação rescisória elencadas no artigo 485, do CPC, bem como na possibilidade levantada

²¹TALAMINI, Eduardo, loc. cit., p. 31.

²²THEODORO, Humberto Jr., loc. cit., p. 476.

pela doutrina de relativização da coisa julgada em determinados casos, como será estudado nos itens 3.3 e 3.4.

3.2 Os limites objetivo e subjetivo da coisa julgada

Conforme se apreende do estudo sobre o instituto da coisa julgada, verifica-se que não é a sentença em sua totalidade (relatório, fundamentos e dispositivo – artigo 458, do CPC) que se torna imutável, bem como se observa que não se pode opor a coisa julgada aos terceiros que não integraram a lide. Necessária, portanto, a análise desses limites legais impostos ao alcance da coisa julgada.

Os *limites objetivos* como conhecidos hoje foram inicialmente elaborados por Liebman²³, o qual afirmou que a coisa julgada recai sobre o *comando* pronunciado pelo juiz na sentença (no caso, o dispositivo), excluindo-se os motivos/fundamentação que levaram o juiz a essa conclusão lógica. Entretanto, a análise para determinar o comando de uma sentença não deve ser meramente formal, mas sim substancial, devendo levar em conta o alcance dado pelos motivos nela apresentados.

Humberto Theodoto Júnior²⁴ analisou a questão dos limites objetivos a partir do que está previsto no artigo 469, do CPC. Consoante tal regra, a coisa julgada apenas se forma sobre o *dispositivo* da sentença, tornando o que ali foi decidido imutável. Dessa forma, os seus motivos, a verdade dos fatos expostos na lide e as questões prejudiciais analisadas para que seja prolatada a sentença não formam coisa julgada. De maneira geral, pode-se afirmar que não formam sobre esses elementos a coisa julgada na medida em que não foram julgados pelo juiz, mas sim conhecidos para a composição do *decisum* da lide.

Já Eduardo Talamini²⁵ estuda os limites objetivos conforme o pedido, a causa de pedir e as partes da lide que compõem o processo. Se o pedido, que é o resultado almejado pelo autor no processo, for julgado improcedente, a sua isolada alteração em outro processo poderá levar à argüição da coisa julgada se este pedido “novo”

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio, loc. cit., p. 54-55.

²⁴ THEODORO, Humberto Jr. loc. cit, p.483-488.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p.68.

estivesse contido no primeiro pedido julgado improcedente ou se não for incompatível com o primeiro julgado.

No que tange a causa de pedir, importante frisar que a sua idéia no ordenamento brasileiro corresponde a descrição dos fatos essenciais mais a correlação lógico-jurídica com a norma jurídica conseqüente. A alteração da causa de pedir em outro processo não permite a argüição da coisa julgada.

Deve-se analisar tanto o pedido quanto a causa de pedir para se conhecer qual a pretensão processual da parte, a qual adentrará no limite objetivo da coisa julgada, impedindo a propositura de nova ação com esse mesmo objeto. De forma semelhante se manifesta Ovídio B. da Silva²⁶, influenciado pela idéia de Chiovenda, ao afirmar que para saber o limite objetivo da coisa julgada é preciso analisar qual a *causa petendi* da lide.

O i. autor José Delgado ressaltou em seu trabalho que não transita em julgado “a verdade dos fatos, isto é, a impossibilidade de se ter como imutável a decisão expedida pelo juiz com referência aos fatos, especialmente, quando essa manifestação viola a realidade natural das coisas, a situação fática verdadeira e os princípios constitucionais”²⁷.

Com relação ao artigo 474, do CPC, é relevante anotar que ele trata da eficácia preclusiva da coisa julgada, impedindo que as questões não apresentadas no curso do processo sejam levantadas posteriormente pela parte vencida. Tais questões se tornam irrelevantes, em razão da imutabilidade proporcionada pela coisa julgada no julgamento daquela lide (com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido).

No que tange aos *limites subjetivos* da coisa julgada deve-se observar o que dispõe o artigo 472, do CPC. A coisa julgada opera entre as partes da lide, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros relativamente a interesses jurídicos que por ventura possam ter. Reafirme-se, desde logo, que os terceiros também devem atenção ao que fora decidido na sentença, em virtude da eficácia que ela contém, não sendo justificável a sua não observância por não terem figurado nos pólos da lide.

²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva, loc. cit., p. 510.

²⁷ DELGADO, José Augusto. loc. cit., p.42.

De forma clara, observa-se aqui, novamente, a influência da teoria elaborada por Liebman²⁸. Segundo expõe o autor italiano, a doutrina tradicional estendia a coisa julgada também aos terceiros que não haviam integrado a lide, como se a sentença produzisse efeitos reflexos da coisa julgada. Entretanto, conforme a crítica feita por Liebman, a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, mas uma *qualidade* desta.

Assim, a coisa julgada formada por uma sentença apenas atinge as partes que configuraram no processo, porque dessa forma dispõe a lei (artigo 472, do CPC). Os terceiros devem, porém, atenção à sentença e a seus efeitos, enquanto ato de autoridade que é.

O autor Ovídio B. da Silva²⁹ diferencia quais são os terceiros atingidos pela coisa julgada. Segundo ele, a eficácia contida na sentença alcançaria terceiros, mas não de forma equânime; o terceiro juridicamente indiferente é atingido apenas pelos efeitos da sentença, mas esses não alteram a sua relação jurídica, sendo, por exemplo, o comprador de um imóvel do casal que se separou judicialmente.

Por sua vez, há duas classes de terceiros juridicamente interessados, uma classe é composta pelos sucessores das partes no processo e os substituídos pelos substitutos processuais, sendo que essa classe se submete à coisa julgada. Outra classe é composta por aqueles que firmaram uma relação jurídica autônoma, mas conexa à relação processual discutida; esses sofrerão a eficácia direta/reflexa da sentença, por exemplo, o conseqüente despejo do subinquilino pela procedência da ação de nulidade contratual proposta pelo locador em face do inquilino.

3.3 A formação da segunda coisa julgada sobre a mesma lide

A coisa julgada pode ser analisada por dois ângulos diferentes. Um deles reflete sua função positiva, a qual obriga outro juiz a observar a coisa julgada formada em sentença anteriormente prolatada.

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, loc. cit., p.92.

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva, loc. cit., p. 505-506.

Outra é a função negativa, através da qual é defeso novo julgamento sobre a questão já decidida e acobertada pela coisa julgada; é a chamada *exceptio rei iudicatae*. É essa função que impediria outra sentença que versasse sobre idêntica questão já decidida.

Entretanto, se, numa segunda discussão sobre a mesma lide, nenhuma das partes argüir a existência da coisa julgada anterior, nem o magistrado chegar a ter seu conhecimento, houver a prolatação da sentença e a formação de uma segunda coisa julgada, qual deverá prevalecer? Aquela que corresponde ao primeiro processo ou a do segundo processo?

A doutrina diverge nesse ponto. Na opinião de José Delgado³⁰, deveria prevalecer a primeira coisa julgada formada, pois a que nasceu em segundo lugar é “inconstitucional”. Também para Teresa Wambier e José Medina prevalece a primeira coisa julgada, considerando que a segunda sentença seria inexistente por faltar uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir (já que a questão controversa teria sido decidida anteriormente).

Entretanto, a posição majoritária na doutrina parece entender que é a segunda coisa julgada que prevalece, principalmente, por dois motivos. Primeiro, porque o artigo 485, inciso IV, do CPC estabelece a rescisão do julgado que ofende a coisa julgada, mas somente no prazo de 2 anos; transcorrido esse tempo, é de se entender que a segunda coisa julgada se estabiliza. O segundo fundamento diz respeito à regra que baseia o conflito de leis no tempo, no caso, o critério da temporalidade, segundo o qual a lei posterior derroga a anterior.

Necessário anotar que Eduardo Talamini³¹, filiado à segunda posição, apresenta a possibilidade de desconstituir essa segunda coisa julgada quando ofensiva aos valores constitucionais (formando uma “coisa julgada inconstitucional”), pela via da quebra atípica da *res iudicata* (conforme é estudado no item 3.4).

³⁰ DELGADO, José. loc. cit., p. 66.

³¹ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 158.

4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

4.1 A possibilidade de relativizar a coisa julgada

A desconsideração da coisa julgada formada em determinados casos ocorre no intuito de se evitar, em síntese, a perpetuidade de injustiças.

Parte da doutrina brasileira se posiciona de forma contrária à proposta apresentada. Segundo Ovídio Baptista³², a transposição da teoria para a prática apresentaria algumas dificuldades, por exemplo, o problema em auferir determinado grau de injustiça ou de abuso em uma sentença; ou ainda, a argüição preliminar de coisa julgada a impedir eventual exame de questão probatória em uma segunda ação com vistas a desconstituir a coisa julgada formada anteriormente. De maneira semelhante, argumenta Barbosa Moreira³³ ao afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro previu apenas dois modos de controlar a constitucionalidade da sentença e, conseqüentemente, relativizar a coisa julgada; através do recurso extraordinário e da ação rescisória (após formação da *res iudicata*).

Tal posicionamento não é aqui adotado pelas razões que serão expostas a seguir.

O Min. José Delgado se manifesta no sentido de não conferir caráter absoluto à coisa julgada, a qual deverá ser desconsiderada nos casos de grave injustiça: “não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza”³⁴. O i. autor, na mesma obra, enumera os vários casos em que a coisa julgada formada sobre uma sentença deverá ser relativizada.

³² SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Gênese*, nº 30, out/dez, 2003. p. 793.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Gênese*, nº 34, out/dez, 2004. p. 729-751.

³⁴ DELGADO, José Augusto. loc. cit. p. 58.

Da mesma forma, Cândido R. Dinamarco³⁵, influenciado pelo Min. José Delgado e pelo direito norte-americano, sugere a releitura do instituto justamente em razão das sentenças injustiças e abusivas que se tornam perenes, citando como um dos exemplos a sentença que fixou a indenização a ser paga pela Fazenda (do estado de São Paulo) em ação de desapropriação, na qual se descobriu, posteriormente, que tal bem imóvel era de propriedade do Estado.

De maneira a evitar casuísmos, o i. autor propõe o estabelecimento de critérios objetivos para viabilizar a relativização da coisa julgada em situações excepcionais e sem colocar em risco o instituto da *res iudicata*. Segundo ele, a impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença não permite a formação da coisa julgada material, em suma, por dois motivos: por ofender algum valor constitucional e por causa da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria de Liebman (se os efeitos da sentença não se impõe, a coisa julgada sobre eles também não pode se impor). Para o i. autor, a sentença não tem, portanto, a eficácia pretendida³⁶.

De forma mais aprofundada, Eduardo Talamini³⁷ diferencia as sentenças inexistentes das sentenças injustiças e das sentenças nulas. Segundo o i. autor, as sentenças inexistentes são aquelas que não contém o núcleo essencial de uma sentença, qual seja, a falta do *decisum*, em sentido substancial, e a não configuração de relação processual. Contra essas sentenças, uma vez que não houve a formação da coisa julgada material, não cabe a propositura de ação rescisória, mas sim, de outros remédios processuais para relativizar a coisa julgada, como a *querela nullitatis* (estudada a seguir, no item 3.3).

Já as sentenças nulas são aquelas cujo defeito insanável de algum ato processual as atinge ou contém um vício por inobservância de uma regra processual. Enquanto que as sentenças injustas são aquelas cujo erro se encontra na apreciação do mérito feita pelo magistrado.

A diferenciação entre esses tipos de sentença se faz necessária, porque “o decurso de prazo da ação rescisória vem a obstar a argüição de toda e qualquer

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. loc. cit., p. 38-64.

³⁶ Ibid., p. 52-53.

³⁷ TALAMINI, Eduardo. loc. cit. p. 295-296.

nulidade, ainda, que ‘absoluta’. A inexistência jurídica continua sendo argüível mesmo depois da coisa julgada ou do esgotamento da possibilidade de ação rescisória³⁸.

Um dos fundamentos levantados contrários à possibilidade de relativizar a coisa julgada é o de que uma vez que se permita a sua quebra, a discussão sobre esse litígio seria eterna, “enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças”³⁹.

Entretanto, observe-se que não será toda sentença injusta ou nula que ensejará a quebra da coisa julgada ali formada; a relativização não se dá de maneira automática, o que exige um estudo mais específico de suas hipóteses, como será feito a seguir.

4.2 Coisa julgada inconstitucional

Primeiramente, cabe destacar que a expressão “coisa julgada inconstitucional” não é equivocada, apesar de a inconstitucionalidade recair sobre o julgamento contido na sentença, a qual se reveste da coisa julgada. Conforme ressaltou Humberto Theodoro Jr.⁴⁰, costuma-se “na linguagem tomar o continente pelo conteúdo”. O uso dessa expressão se justifica para colocar em destaque a verdadeira discussão que deve permear o discurso: o conflito entre valores constitucionais.

Segundo Carlos V. do Nascimento⁴¹, a sentença que ofende a Constituição é nula, em razão de lesar o princípio da supremacia da Constituição, o qual é a base do Estado Democrático de Direito. De forma mais específica, o i. autor afirma que “nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica”⁴².

³⁸ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 301.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. loc. cit., p.741.

⁴⁰ THEODORO Jr., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p.117.

⁴¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*, 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 09.

⁴² Ibidem. p.14.

Também para José Delgado⁴³, são inconstitucionais as sentenças que contrariam os princípios da legalidade e da moralidade abarcados na Constituição, pois em última análise os atos do Poder Judiciário são atos do poder estatal, devendo atender a esses dois requisitos.

Segunda a classificação proposta por Eduardo Talamini⁴⁴, as sentenças que são consideradas inconstitucionais podem ser classificadas da seguinte forma: aquelas que ofendem expressamente a Constituição; aquelas que se baseiam em regra declarada inconstitucional (pelo STF) ou em jurisprudência com interpretação contrária à Constituição; aquelas que violam valores constitucionais.

De maneira geral, quando configurada uma dessas hipóteses a sentença existe, mas padece de um erro de julgamento do juiz, por aplicar uma norma ou entendimento inconstitucional. Apenas poderá se falar em sentença inexistente se esse erro atingir algum dos pressupostos de validade do processo, por exemplo, a proibição de produção de uma importante prova.

Procura-se, assim, evitar a instabilidade da ordem constitucional, com a possibilidade de se atacar uma sentença inconstitucional.

4.3 Formas tradicionais de ataque à coisa julgada

Apesar de uma parte da doutrina⁴⁵ alegar a existência do princípio da intangibilidade da coisa julgada, é bom observar, desde logo, que o próprio legislador infraconstitucional previu alguns casos em que a coisa julgada deve ser desconstituída, os quais estão abarcados nas hipóteses da ação rescisória (artigo 485, do CPC).

Portanto, a primeira forma de ataque à coisa julgada a ser analisada é a própria *ação rescisória* com suas hipóteses extraordinárias. A maior parte da doutrina favorável à relativização propõe uma interpretação mais ampla à aplicação dos incisos

⁴³ DELGADO, José Augusto. loc. cit., p. 32.

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 406.

⁴⁵ Conforme afirma Humberto Theodoro Jr. no trabalho *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle*, p. 86.

do artigo 485, do CPC. Nas palavras de C. Dinamarco⁴⁶, deve haver “o redimensionamento da ação rescisória e dos limites de sua admissibilidade”.

Essa flexibilização se inicia nos casos abarcados pelo artigo 485, inciso V, do CPC, ou seja, quando “*violar literal disposição de lei*”. Segundo Teresa Wambier e José Medina, a ação rescisória também deve ser admitida quando a sentença violar algum princípio incorporado pelo ordenamento, em razão da sua efetividade (um estudo mais específico sobre a natureza dos princípios é feito no item a seguir).

O ataque à coisa julgada inconstitucional também é feito com fundamento nesse artigo 485, inciso V, do CPC, ou seja, quando “*violar literal disposição de lei*”; isso porque, em última análise, também estará atingindo a própria Constituição. Para a desconstituição da coisa julgada não se faz necessária declaração de inconstitucionalidade pelo STF, pois a norma já é inconstitucional antes dessa manifestação.

Frise-se que a Súmula 343, do STF⁴⁷ não é aplicada quando o caso envolve discussão sobre uma questão constitucional.

Com relação ao prazo da ação rescisória, apesar de se filiar à parte da doutrina mais conservadora, Barbosa Moreira⁴⁸ propõe uma mudança da lei processual para permitir seu ajuizamento a qualquer tempo (mas apenas para os casos em que a sentença aplicou lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF). Já para Humberto Theodoro Jr., o decurso do prazo decadencial em questão não obsta a análise de sentença inconstitucional. Segundo o i. autor:

O que, desde o início, defendemos é a gravidade extrema da ofensa à Constituição a qual, por sua própria natureza, não se compatibiliza com prazos decadenciais com prazos decadenciais para a necessária e inevitável reparação⁴⁹.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, loc. cit., p. 61.

⁴⁷ Súmula 343, do STF: *Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barboza, loc. cit., p. 743.

⁴⁹ THEODORO Jr., Humberto, loc. cit., p. 121.

Com uma posição intermediária, Eduardo Talamini⁵⁰, inspirado nas regras do direito estrangeiro, entende que o início do decurso do prazo decadencial poderia ser alterado quando a ação rescisória fosse “fundada em elementos externos ao processo (documentos novos, descoberta de corrupção, prevaricação concussão ou impedimento do juiz; provas falsas etc.)”.

Outro mecanismo processual é o uso da *querela nullitatis*, instrumento esse de inspiração romana. Essa ação é utilizada para atacar as sentenças inexistentes, sobre as quais não se forma coisa julgada material⁵¹. Seu uso mais comum ocorre nos casos em que a citação do réu é nula; dessa forma, o processo não se angularizou (entre autor, juiz e réu) e, conseqüentemente, não existiu. Segundo Teresa Wambier e José Medina⁵², é possível a aplicação do princípio da fungibilidade no ajuizamento de uma *querela nullitatis* quando o caso era de ação rescisória e vice-versa, uma vez que o rigorismo técnico aqui não soluciona a questão. Inclusive porque a questão de definir quais sentenças são nulas e quais são inexistentes ainda é controversa na doutrina, o que não pode vir a prejudicar o direito da parte.

A desconstituição da coisa julgada também pode ocorrer com fundamento no *artigo 741, parágrafo único, do CPC*. Na fase executória, pela via dos embargos à execução, é possível desconstituir o título judicial se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de norma que baseou a sua formação. Para que haja esse efeito, tal declaração deverá ser feita pela via direta ou, se feita incidentalmente, deverá aguardar a suspensão da validade da norma pelo Senado (conforme artigo 52, inciso X, da CF). Isso porque é apenas por esses dois caminhos que a decisão do STF tem efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, ou seja, retroage e atinge a todos.

Ressalte-se que a descon sideração não se dá de forma automática, pois envolve a análise do caso concreto. A norma declarada inconstitucional deverá ter uma conexão lógica com o julgamento proferido no processo de conhecimento (normalmente, atingirá a eficácia condenatória da sentença). Também é importante a

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo, loc. cit., p. 663.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 212.

⁵² Ibidem. p. 238.

análise de outros valores constitucionais relevantes e a eventual necessidade de ponderação entre eles, podendo envolver, por exemplo, a boa-fé de terceiros e a segurança jurídica.

Segundo Eduardo Talamini⁵³, com a desconstituição do título, um novo resultado deverá ser formado, “mas em vez de se permitir uma nova ação, se possibilitasse a reabertura do processo anterior, para julgamento do outro fundamento. Do ponto de vista da economia processual, é a solução mais indicada”. Apesar de não haver regra expressa, o i. autor invoca a aplicação do regime da *exceptio nullitatis*, a qual prevê a retomada do processo a partir do ponto em que o ato processual é declarado nulo. Permite-se, assim, a apresentação de novos fundamentos pela defesa.

Por fim, necessário registrar que esses são os meios típicos mais comuns e mais discutidos pela doutrina e jurisprudência, mas não são os únicos meios previstos pelo ordenamento capazes de desconstituir a coisa julgada⁵⁴.

4.4 Quebra atípica da coisa julgada

Quando não for mais possível o ajuizamento de algum dos instrumentos processuais elencados acima nem a propositura da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada, seja em razão do decurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos, seja porque ao caso concreto não se aplicam as hipóteses do artigo 485, do CPC, poderá, conforme o caso concreto, ser a coisa julgada desconstituída pela forma *atípica*⁵⁵.

Essa quebra atípica da coisa julgada é um instrumento excepcional, devendo ser usado subsidiariamente, conforme expõe Eduardo Talamini⁵⁶:

⁵³ TALAMINI, Eduardo, loc. cit., p. 471.

⁵⁴ Eduardo Talamini prevê o uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *habeas corpus* e mandado de segurança na obra *Coisa julgada e sua revisão*, p. 509, 512, 514.

⁵⁵ Anote-se que parte da doutrina não aceita a presente construção, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni. Segundo o processualista, o uso da proporcionalidade para a revisão de sentenças, além de ofender a coisa julgada material, aumentaria o poder dos juízes de decidir o que se sujeitaria ou não à coisa julgada (O princípio da segurança dos atos jurisdicionais – a questão da relativização da coisa julgada material. *Gênesis*, nº 1, p. 152/153, jan/abr 1996).

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo, loc. cit., p. 636.

Enfim, se está disponível e pode ser concretamente empregada a via típica para solucionar a questão, não há razão para lançar mão de providências excepcionais. Trata-se inclusive de considerar os subprincípios da adequação e da necessidade, que integram a proporcionalidade (v. n. 13.1). Assim, a quebra atípica tem caráter absolutamente subsidiário.

O Min. José Delgado também entende que o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando ocorre um conflito, é o correto, pois se deve buscar uma solução justa que não afronte a Constituição:

Deve sempre o intérprete ao se deparar com conflitos entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição, averiguar se a aplicação do super-princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalece-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca aquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade⁵⁷.

Entretanto, não serão todas as sentenças que afrontarem a Constituição, de forma direta ou reflexa, que serão passíveis de flexibilizar a coisa julgada pela quebra atípica. A regra geral é a da preservação da coisa julgada; excepcionalmente, ela será desconsiderada.

Para ser possível a relativização da coisa julgada, necessário se faz a ponderação dos princípios constitucionais que estiverem em conflito no caso concreto, sendo um deles, o princípio da segurança jurídica (artigo 5º, inciso XXXVI, CF).

Ao explicar a tese de Ronald Dworkin sobre regras e princípios, Virgílio Afonso da Silva⁵⁸ afirma que os princípios possuem efetividade em razão de serem normas jurídicas, apesar de possuírem uma natureza diversa das regras jurídicas. O ordenamento jurídico comporta um conflito entre princípios por causa de seu caráter abstrato e da não hierarquia entre eles, devendo-se analisar o caso concreto para saber qual princípio deverá ser aplicado. Esse conflito, portanto, resolve-se com o sopesamento dos princípios (já quando há um conflito entre as regras jurídicas, uma

⁵⁷ DELGADO, José Augusto. loc. cit., p. 65

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº1, jan/jun, 2003. p. 609-610.

delas deverá ser eliminada do sistema por causa de seu caráter específico de validade frente ao ordenamento).

A ponderação será viabilizada com a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que aqui se equivalem. Segundo Luís Roberto Barroso⁵⁹, tal princípio corresponde à idéia de que os atos do Poder Público devem estar pautados pela justiça. Para imprimir maior objetividade à aplicação do princípio da proporcionalidade, o i. autor sintetiza os três requisitos elaborados pela doutrina alemã:

Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

Da mesma forma, outros critérios objetivos podem ser estabelecidos para a aplicação do princípio da proporcionalidade no intuito de relativizar a coisa julgada pela via atípica. Conforme a lição de Eduardo Talamini⁶⁰, um deles é a clara constatação do erro na sentença e sua solução correta, como ocorre nos casos de ação de investigação de paternidade, na qual a sentença foi prolatada na época em que não havia exame de DNA, sendo esse realizado posteriormente e confirmado o erro da sentença (a ser melhor estudado no item 4.3). Outro critério seria o conflito entre valores fundamentais constitucionalmente previstos, a presença da boa-fé nas atitudes das partes, a possibilidade de quebra parcial da coisa julgada, possível prestação de caução pela parte.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 209.

⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 578/586.

No mais, a ação de quebra atípica da coisa julgada possui um regime equivalente ao da própria ação rescisória, inclusive, com relação à competência para o julgamento dessa ação. Não sendo, porém, aplicável a regra do prazo decadencial para a sua propositura, uma vez que poderia ser afastado pela ponderação dos valores constitucionais em conflito (como também, por outro lado, poderia não ser afastado se tiver ocorrido um longo decurso e a situação de fato já tiver se consolidado).

5. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

5.1 Breves aspectos sobre o reconhecimento da filiação

O ordenamento jurídico brasileiro, com relação ao estabelecimento da filiação, adota o sistema de presunção da paternidade (*pater is est*), sendo seu reflexo o artigo 1592, do Código Civil (elencando aqui as hipóteses para aplicação das presunções de paternidade).

O esquema das presunções perde a sua força com o incremento tecnológico e a possibilidade de se indicar a paternidade correta nas ações cabíveis. Nas palavras de Sílvio Venosa, “o sistema de presunções (...) há muito se mostra anacrônico”⁶¹.

O i. autor não descuidava de comentar a tendência da doutrina e da jurisprudência em reconhecer a filiação sócio-afetiva, aquela que espelha a “verdade do coração”, em contraposição à “verdade do sangue”⁶² da filiação biológica.

Sob a égide do Código Civil de 1916 e da escassa tecnologia nesse meio, a solução das investigações de paternidade se baseava em provas menos seguras, tais como provas escritas, concubinato, a comprovação ou não de relações sexuais da mãe com outros homens (nesses casos, na tentativa da prova da *exceptio plurium concubentium*, desmoralizava-se a mulher).

Atualmente, tais questões são meros indícios subsidiários ao julgado, podendo ser utilizados quando da recusa do pai na realização do exame de DNA, o que se torna possível tendo em vista o entendimento do STF (conforme é exposto no item 4.3).

Um dos pontos mais importantes no ordenamento pátrio no campo da filiação foi o grande avanço implementado pelo artigo 227, § 6º, da Constituição de 1988:

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 273.

⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Exame de DNA, ou, o limite entre genitor e o pai. *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. p. 82.

Artigo 227, § 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.

A Constituição passa a ser o centro do direito de família, não tratando mais os filhos de forma discriminatória (como fazia o artigo 337, do CC1976, que foi revogado pela Lei 8.560/92), justamente por atender ao princípio da igualdade substancial⁶³.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/1990) também foi um marco no que tange ao reconhecimento da filiação, uma vez que sintetizou, na redação do artigo 27, do ECA, todos os elementos do reconhecimento desse vínculo:

Artigo 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça.

Com relação à imprescritibilidade da ação de investigação, interessante anotar o reforço trazido pela dicção do artigo 1601, do Código Civil, o que realça a idéia de superação dos prazos estipulados no antigo Código Civil (artigo 178, §§ 3º e 4º). Essa mudança ocorre em razão do seu caráter personalíssimo e dos direitos fundamentais envolvidos. Entretanto, como bem lembra Sílvio Venosa, são prescritíveis “as pretensões de cunho material que podem acrescentar-se a ela, como a petição de herança”⁶⁴.

Ainda nesse tema, verifica-se que o caráter imprescritível do reconhecimento da filiação entraria em conflito com o prazo decadencial da ação rescisória. Por conta disso, importante é a proposta apresentada por Eduardo Talamini da quebra atípica da coisa julgada nesses casos (itens 3.4 e 4.3).

⁶³ FACHIN, Luis Edson. Paternidade e Ascendência genética. *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação* (Coord. Eduardo de Oliveira Leite). p. 171.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. loc. cit., p. 305.

5.2 Da coisa julgada *secundum eventum probationes*

Em razão de algumas inclinações doutrinárias à aplicação do regime da coisa julgada *secundum eventum probationes* às investigações de paternidade se torna necessário o seu exame.

O regime diferenciado de formação da coisa julgada *secundum eventum probationes* é estipulado especialmente nas leis que regulam a ação popular (artigo 18, Lei 4.717/65) e no Código de Defesa do Consumidor (artigo 103, Lei 8.079/90), segundo o qual a coisa julgada apenas se estabelece se houver a devida instrução probatória da causa.

Isso porque essas demandas coletivas envolvem a proteção ao interesse público, devendo-se evitar conluíus entre as partes e a propositura de uma ação precariamente formulada com o fim de tornar a questão indiscutível e imutável, sob o regime geral da coisa julgada.

Assim, como bem resumiu Fredie Didier Jr., existem as seguintes possibilidades:

- a) demanda procedente, faz coisa julgada material erga omnes; b) a demanda é julgada improcedente por insuficiência de provas, não faz coisa julgada material erga omnes, autorizada nova propositura fundada em novas provas (...); c) a demanda é julgada improcedente com suficiência de provas, a demanda produz coisa julgada material erga omnes⁶⁵.

Dessa forma, para parte da doutrina, nas ações de investigação de paternidade deveria ser adotado o regime das demandas coletivas acima elencadas, em razão da certeza conferida pelo exame de DNA ao se estipular a verdade biológica.

⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Gênese*, nº22, out/dez, 2001. (sem grifos no original). p. 715.

O autor Fredie Didier Jr.⁶⁶ propõe essa aplicação paralela, em razão do caráter personalíssimo do direito à filiação, que possui inclusive contornos constitucionais, e da certeza da paternidade (biológica) advinda do exame de DNA, a coisa julgada nessas ações apenas poderia se formar se esse exame pericial fosse realizado.

Em não sendo realizado, a sentença deveria ser julgada improcedente por falta de provas, não operando, assim, a coisa julgada, por não haver cognição exauriente na causa. Entretanto, Fredie Didier Jr. entende que esse novo procedimento apenas será possível se houver uma alteração na lei, e é nesse sentido que o autor apóia o Projeto de Lei nº116, de 2001 (do Sen. Valmir Amaral), o qual prevê a formação da coisa julgada apenas nos casos em que for realizado exame de DNA.

Enquanto a alteração legislativa não ocorre, o autor afirma que a coisa julgada nessas demandas pode ser relativizada pela propositura da ação rescisória.

A crítica que se faz à adoção da coisa julgada *secundum eventm probationes* nessas ações que tratam do reconhecimento da filiação se baseia na instabilidade das situações familiares ao se possibilitar o ingresso de outras investigações de paternidade periodicamente⁶⁷.

Segundo Maria Berenice Dias⁶⁸, a possibilidade da propositura de uma nova ação é importante, por exemplo, nos casos em que não há a realização do exame de DNA, seja porque o suposto pai se recusa, seja porque não solicitada a sua produção no curso da ação. Para a i. autora, o direito ao conhecimento de seus vínculos familiares se sobrepõe ao instituto da coisa julgada.

A solução encontrada seria a extinção do processo com base no artigo 267, inciso IV, do CPC, por conta da não formação de um juízo de certeza. Assim, restaria a possibilidade de “qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano”⁶⁹. Entretanto, tal proposta é devidamente afastada por

⁶⁶DIDIER Jr., Fredie. op. cit., p.721.

⁶⁷WAMBIER, Teresa e MEDINA, José. loc. cit., p. 194.

⁶⁸DIAS, Maria Berenice. *Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº1, abr/jun, 1999. p. 20.

⁶⁹DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 21.

Tereza Wambier e José Medina⁷⁰ ao esclarecer que o julgamento das demandas, nos casos em que há uma instrução, se dá conforme as regras do ônus da prova (artigo 333, do CPC).

5.3 Formas de relativizar a coisa julgada nas ações que envolvem o direito à filiação

A primeira forma de quebra da coisa julgada nas investigações de paternidade a ser estudada é o meio típico e específico da ação rescisória.

Os casos a serem examinados são aqueles em que não houve a realização de exame de DNA no curso da investigação de paternidade, havendo trânsito em julgado da sentença. Posteriormente, há a realização de exame pericial que afasta o resultado estabelecido na sentença, esteja ela estabelecendo ou não o vínculo de filiação. Com qual fundamento seria possível propor a ação rescisória?

Adotando-se a linha de raciocínio proposta por Eduardo Talamini, essa hipótese pode ser dividida em 2 casos: “(1º) o processo tramitou integralmente em época em que não se conhecia ou não era acessível exame de DNA; (2º) o processo tramitou em época em que esse exame já era conhecido e tinha como ser realizado”⁷¹.

O primeiro caso é resolvido com uma interpretação mais ampla da aplicação do artigo 485, inciso VII, mais especificamente, do conceito de *documento novo*. Apesar de a lei não falar em “prova” nova, Teresa Wambier e Medina lembram que a intenção do legislador aqui era admitir o ajuizamento da ação apenas quando houvesse a certeza trazida pela prova documental em relação a outros meios de prova, como a testemunhal. Nesse sentido a prova pericial se reveste da mesma idoneidade atribuída à prova documental, mas também será necessário que “o fato produzido no documento seja capaz de assegurar pronunciamento favorável ao autor (da rescisória)”⁷².

⁷⁰ WAMBIER, Teresa e MEDINA, José. loc. cit., p. 193.

⁷¹ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 626.

⁷² WAMBIER, Teresa e MEDINA, José. loc. cit., p. 202.

Também não cabe o argumento de que a prova deveria ser pré-existente à primeira demanda. Como bem afirma Eduardo Talamini, a doutrina sempre entendeu que a pré-existência do documento era a hipótese mais comum, porém, permitia o uso de documento constituído após o trânsito em julgado da sentença em ação rescisória; a influência advém igualmente da doutrina alemã⁷³.

Já no caso em que a parte propõe ação rescisória e pede a produção da prova pericial, não apresentando, desde logo, o exame de DNA, a ação não deverá ser recebida, uma vez que a ação rescisória não permite dilação probatória para essas questões.

Se houver o decurso do prazo e não tiver sido realizado o exame pericial, deverá ser analisado o cabimento da quebra atípica da coisa julgada, a ser examinado mais adiante (em conformidade com o item 3.4).

A segunda hipótese a ser examinada se detém nos casos em que a realização do exame pericial já era possível, mas não foi elaborado. Tal situação pode ocorrer quando nenhuma das partes o solicita, bem como o juiz não o determina de ofício. Aqui, a ação rescisória poderá ser proposta com fulcro no artigo 485, inciso V, eis que houve *violação à literal disposição da lei*.

As normas violadas são tanto de índole constitucional, como a garantia do “devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório, e ampla defesa (art. 5º, XXXV) e assistência jurídica (art. 5º, LXXIV)”⁷⁴, quanto de natureza infraconstitucional, como o artigo 130, do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz da causa e o artigo 400,II, do CPC, o qual prevê o indeferimento das provas testemunhais quando as provas documentais ou periciais são hábeis a comprovar o fato⁷⁵. Outro fundamento é a ofensa ao artigo 27, do ECA, que atribui ao direito de reconhecimento da filiação o caráter de “*personalíssimo, indisponível e imprescritível*”, baseando, então, a busca da verdade real nas investigações de paternidade.

⁷³ Eduardo Talamini apresenta a opinião de Barbosa Moreira, Sérgio Rizzi, e do autor alemão Jauering, loc. cit., p. 624-625.

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo, loc. cit., p. 627.

⁷⁵ DIDIER, Fredie Jr. loc. cit., p. 720-721.

Entretanto, não ensejaria à propositura de ação rescisória quando há recusa da parte em realizar o exame de DNA, uma vez que, conforme entendimento do STF⁷⁶, apesar de a recusa ser legítima, o caso será julgado com base na presunção de que o fato alegado é verdadeiro⁷⁷.

Com relação à alteração do prazo decadencial de 2 (dois) anos para propor ação rescisória é preciso anotar, conforme a lição de Eduardo Talamini⁷⁸, que eventual alteração legislativa apenas seria aplicada sobre os casos futuros, e não sobre os casos pretéritos, como aqueles que envolvem sentenças prolatadas quando não havia a possibilidade de realizar o exame de DNA. O autor, porém, admite a possibilidade de alteração do início do decurso do prazo decadencial (o que viria afetar todos os casos de seu cabimento, não apenas aqueles relacionados ao direito de filiação). Também Teresa Wambier e Medina entendem que o início desse prazo deveria ser modificado, iniciando-se com a obtenção do exame pericial, uma vez ser necessário o surgimento “do elemento suficiente para o ajuizamento da ação para, só depois, se permitir a fruição do prazo para o seu exercício”⁷⁹.

A outra forma viável de relativização da coisa julgada nas investigações paternidade é a via da quebra atípica (estruturada neste estudo no item 3.4). É bom lembrar que não será todo caso que ensejará o uso dessa via, devendo esse meio ser aplicado subsidiariamente e, mesmo assim, após a análise do caso concreto e das garantias constitucionais afrontadas.

Nesse sentido, preliminarmente ao sopesamento de valores constitucionais em conflito, é preciso que o erro contido na sentença seja objetivamente constatável, bem como a correta solução da causa. Aqui, Eduardo Talamini⁸⁰ aplica às investigações de paternidade raciocínio semelhante à possibilidade de alteração da sentença por erro material ou de cálculo, em razão da sua certeza matemática (amplamente aceita pela doutrina). Isso porque, a constatação do erro na sentença

⁷⁶ HC 71.373. Relator Min. Francisco Rezek, julgamento em 10/11/1994.

⁷⁷ Segundo Maria Christina de Almeida, tal entendimento não é mais uníssono na doutrina, devendo-se levar em conta, mesmo com a recusa do réu em realizar a perícia, todo o conjunto probatório da ação para julgar a causa (*Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, p. 138).

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p.652-653 e 663.

⁷⁹ WAMBIER, Teresa e MEDINA, José. loc. cit. p. 206.

⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 581.

pelo exame de DNA nas investigações de paternidade trás uma certeza científica, não restando dúvidas quanto ao erro da sentença e a sua correta solução.

Em seguida, a análise deve ser feita para além da violação da garantia constitucional contida na sentença, devendo estar clara a sua influência sobre o seu resultado, como é o caso da sentença que julgou procedente a demanda, reconhecendo o vínculo de filiação entre A e B, sem exame de DNA por não existir nessa época. Com a posterior realização do exame em questão e o afastamento da paternidade biológica estabelecida, não se constatando nenhuma outra ligação entre A e B (por exemplo, a paternidade sócio-afetiva, a ser analisada no item 4.4), imperiosa se mostra a desconstituição da primeira sentença. A quebra atípica será necessária se já houver decorrido o prazo para a ação rescisória (com fulcro no artigo 485, inciso VII, do CPC).

Nesse caso, não há afronta “ao direito à prova ou às demais garantias processuais da parte (...), não há uma violação constitucional na sentença nem nos atos que a precederam durante o processo”⁸¹, mas sim, há uma afronta a uma garantia constitucional reflexa, pois a situação real é incompatível com o estabelecido na sentença. Em contra partida, com a não realização do exame de DNA quando já era viável, pode-se configurar, na sentença, a violação ao princípio do “devido processo legal, contraditório e ampla defesa”⁸².

Segundo a classificação de Silmara Juny Almeida⁸³, os direitos fundamentais conflitantes nas investigações de paternidade envolveriam o direito à identidade, à intimidade, ao segredo, à integridade física, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, sejam seus titulares o filho, o pai, ou a mãe.

Imperioso anotar que nos casos com exame de DNA confirmando (ou não) um vínculo biológico entre as partes, a desconstituição do julgado não será obrigatória, pois pode prevalecer o princípio da segurança jurídica ou o não desfazimento de situações familiares estáveis.

⁸¹ TALAMINI, Eduardo. loc. cit., p. 414.

⁸² Idem.

⁸³ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 342.

Dessa forma, opina Eduardo Talamini no sentido de que o operador do direito não se deve pautar por “fundamentos óbvios” para a solução dos conflitos, qual seja, o pressuposto de que todas as investigações de paternidade levam em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.4 Paternidade biológica e Paternidade Sócio-afetiva

O estudo da quebra da coisa julgada nas investigações de paternidade tem como base a busca pela paternidade biológica. Nesse sentido, é preciso analisar melhor o conceito atual de paternidade.

A paternidade, conforme a proposta de Adalgisa Wiedemann Chaves⁸⁴, pode ser dividida em três tipos: biológica, registral e sócio-afetiva. A parentalidade biológica é aquela determinada pelo vínculo genético entre pai e filho, podendo ser comprovado por um exame de DNA. Já a parentalidade registral é a que consta no assento de nascimento da criança pela declaração daquele que foi ao Registro Civil. No caso de os pais da criança serem casados, o ordenamento trabalha em cima de uma presunção de paternidade, sendo apenas necessário o comparecimento de 01 dos cônjuges para lavrar o assento da criança (conforme artigo 1603, do Código Civil). Por fim, há a parentalidade sócio-afetiva, estabelecendo-se entre aquela pessoa que cria e cuida da criança.

Conforme afirma a autora, não há hierarquia entre os diferentes tipos de parentalidade, mas sim, aquela que prepondera no caso de eventual conflito pela análise dos valores envolvidos no caso concreto. Apesar do incremento da tecnologia do exame de DNA e de sua popularização, a tendência atual é conferir à parentalidade sócio-afetiva uma maior importância por decorrer da vontade da pessoa em criar uma criança como se seu filho fosse. Nesse sentido afirma a i. autora:

É de se lembrar que, com a popularização dos exames de DNA, em princípio, pareceu que as demandas para a identificação da paternidade (ou da filiação,

⁸⁴ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, nº31, ago/set, 2005. p. 152.

como se queria) iriam tornar-se meramente técnicas (...); os vínculos se tornariam precipuamente biológicos, desconsiderando-se todo o resto. No entanto, o que se constata é uma evidente valorização do aspecto afetivo-emocional dos relacionamentos, permitindo-se, por vezes que este inclusive, venha a suplantar o liame biológico.⁸⁵

Assim, apesar de haver hoje um maior alcance à certeza biológica da filiação pela investigação de paternidade e a realização do exame de DNA (frise-se que com a inclusão do inciso VI ao artigo 3º, da Lei 10.317/2001 não há mais dúvidas de que as custas do exame são abarcadas pela assistência judiciária gratuita), não serão em todos os casos que essa verdade biológica prevalecerá, dependendo da análise dos demais valores em pauta.

Há uma alteração não apenas tecnológica (com o exame de DNA), mas também uma alteração da própria legislação, a qual passou a incorporar a parentalidade sócio-afetiva, por exemplo, na equiparação de todos os filhos, sejam eles adotivos ou não, sejam eles de dentro ou de fora do casamento (artigo 227, § 6º, da Constituição).

Conforme a opinião de Maria Christina de Almeida⁸⁶, deve-se evitar uma “sacralização” do exame de DNA, devendo ser consideradas, no curso de uma investigação de paternidade, as demais provas que poderão ser produzidas. O magistrado não deve se tornar um mero “homologador” de exames periciais, uma vez que as tecnologias produzidas pela ciência não são definitivas, muito pelo contrário, são suscetíveis de serem substituídas por métodos mais avançados e também porque “o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana”⁸⁷.

Dessa forma, opina Eduardo Talamini no sentido de que a “consolidação das relações familiares” poderá levar à não rediscussão da coisa julgada formada, ou até impedir a alteração de situações de filiação com base sócio-afetiva. O i. autor

⁸⁵ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. loc. cit., p. 153.

⁸⁶ ALMEIDA, Maria Christina. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, p. 143-149, nº 2, jul/set, 1999. p. 148.

⁸⁷ WAMBIER, Teresa e MEDINA, José citando o acórdão do REsp 317809-MG em *O dogma*.

apresenta interessante caso, no qual um casal tinha vários filhos, dentre eles três filhos, que eram apenas filhos biológicos do pai. Com a morte da mãe e a inclusão de todos os filhos no inventário pelo viúvo, os filhos do casal pleitearam a exclusão dos outros três, biologicamente filhos só do pai (inclusive com a alteração do registro de nascimento). O STJ indeferiu a pretensão pela situação de fato que existia, uma vez que a mãe falecida tratava esses três filhos como se também fossem seus verdadeiros filhos⁸⁸, criando um vínculo de afeto resultante na filiação sócio-afetiva.

Portanto, pertinente encerrar o trabalho com o ensinamento atual de Luis Edson Fachin⁸⁹: “A filiação, a seu turno, passando pela crise e superação na jurisprudência, venceu a moldura nupcialista, alcançou a definição biologista e, hoje, oscila entre os paradoxos, da consangüinidade à afetividade”⁹⁰. Conclui-se pelo surgimento da “paternidade plural”, em razão da fragmentariedade do conceito de pai, devendo não ser apenas considerada a paternidade biológica na filiação.

⁸⁸ REsp, 119.346-GO, rel. Min. Barros Monteiro, j. 01/04/2003, DJU 23/06/2003.

⁸⁹ FACHIN, Luis Edson. loc. cit., p. 169.

⁹⁰ FACHIN, Luis Edson. loc. cit., p. 171.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser consideravelmente novo na doutrina e na jurisprudência, o tema da relativização da coisa julgada ainda levanta controvérsias acerca da viabilidade de sua aplicação sem ferir por completo o instituto da coisa julgada. Contudo, na esteira da doutrina favorável ao tema, observou-se aqui que a quebra da coisa julgada é excepcional e restrita ao enquadramento do caso concreto nos critérios apresentados.

Conforme desenvolvido no presente trabalho, para uma melhor compreensão do tratamento dado à relativização da coisa julgada, imperioso se mostrou a análise do próprio conceito do instituto. Importante frisar um dos seus marcos, qual seja, a elaboração e a adoção do conceito desenvolvido por Enrico T. Liebman, de que a coisa julgada é a qualidade que recai sobre os efeitos da sentença.

No ordenamento jurídico brasileiro, a coisa julgada possui previsão constitucional, no artigo 5º, inciso XXXVI, como forma de garantir, implicitamente, a atenção ao princípio da segurança jurídica, apesar de seus contornos específicos estarem no Código de Processo Civil, inclusive as hipóteses de ação rescisória do julgado (artigo 485, do CPC). A questão envolve, portanto, um conflito de regras constitucionais.

Assim, a sentença passível de ser relativizada é justamente aquela contrária à Constituição, sobre a qual se forma a chamada *coisa julgada inconstitucional*. Na opinião de José Delgado⁹¹, um dos precursores da análise do tema, uma sentença é injusta quando ofende aos princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Para Cândido R. Dinamarco⁹², a relativização também se relaciona à ofensa aos valores constitucionais, não sendo possível, conseqüentemente, a imposição dos efeitos pretendidos na sentença.

De forma a dar efetividade à quebra da coisa julgada, algumas considerações sobre o sistema processual vigente foram obrigatórias para apresentar quais as vias

⁹¹ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 32.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Ajuris*, ano XXVII, nº83, tomo I, set., 2001. p. 52.

típicas a serem utilizadas conforme o caso concreto (dessas, apenas duas são apresentadas a seguir por serem as mais abrangentes).

É o caso da ampliação na interpretação a ser dada às hipóteses de cabimento da ação rescisória. Como no inciso V, art. 485, CPC, prevendo a inclusão de violação tanto aos princípios constitucionais, quanto à própria norma veiculada na Constituição, bem como quanto ao inciso VII, com um melhor conceito de documento novo, incluindo exames periciais (também com relação ao prazo decadencial da ação há novas propostas).

O jurista também deve se apoiar no artigo 741, parágrafo único, CPC, para buscar a quebra da coisa julgada, declarando em sede de embargos à execução a desconstituição da sentença formadora do título executado, em razão de declaração de inconstitucionalidade pelo STF da norma base da sentença.

Outra forma apresentada para a quebra da coisa julgada é a via atípica, a qual se resume na ponderação dos princípios constitucionais conflitantes no caso concreto através do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, ressaltando ser a coisa julgada efetivação do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Tal via, porém, é subsidiária às demais.

Com relação à delicada questão da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, é preciso anotar os progressos do direito material, como a alteração de tratamento dos filhos após a Constituição de 1988, por conta do artigo 227, § 6º, que dispõe sobre a igualdade substancial entre eles. Outro foi o avanço imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 27, acerca do reconhecimento da filiação e as características dessa ação, sendo a imprescritibilidade fundamental para esse tema.

Inspiradas nas demandas coletivas, uma das propostas se resume na em estipular na investigação de paternidade a formação da coisa julgada *secundum eventium probationes*, ou seja, será julgado improcedente por falta de provas toda a ação que não tivesse esgotado as provas a serem produzidas nesse campo. Na prática, em toda ação seria obrigatória a realização do exame de DNA, o que vai de encontro a toda construção que proíbe ver o juiz como mero homologador de laudos

periciais, bem como àquela que passa a dar maior valor à paternidade socioafetiva conforme o caso concreto.

Ademais, é bom lembrar que qualquer alteração legislativa (inclusive referente ao prazo decadencial da ação rescisória) apenas teria efeitos para o futuro, sendo justificável o atual debate da relativização sobre os casos já passados em julgado.

Dessa forma, a coisa julgada formada em processo que não teve laudo pericial, porque essa tecnologia não existia ou não era acessível àquela época e cujo resultado afronta a realidade poderá ser desconstituída pela ação rescisória, art. 485, inciso VII, CPC (com a ampliação do conceito de documento novo). Já aquela formada em processo sem realização de exame de DNA, porque as partes não solicitaram, nem o juiz determinou de ofício, poderá ser desconstituída pela ação rescisória, art. 485, inciso V, CPC (uma vez que viola tanto princípios constitucionais – como direito à ampla defesa, como normas processuais – artigo 130, do CPC, o qual confere poderes instrutórios ao juiz do processo).

Se houve o decurso do exíguo prazo decadencial, em razão da natureza imprescritível do direito ao reconhecimento à filiação, o caso poderá se sujeitar à quebra pela via atípica. Propõe-se aqui a sintonia entre o que dispõe o direito material e os instrumentos processuais colocados à disposição do jurista na busca pela sua efetividade.

Dessa forma, apesar das eventuais controvérsias sobre o tema, a relativização da coisa julgada em determinados casos (e ilustrados no decorrer do estudo) se mostra imprescindível para o alcance do valor justiça, o qual deve permear todas as decisões jurisdicionais. Em especial, verificou-se a aplicação dessa teoria junto à ação de investigação de paternidade, que mais do que nenhum outro caso justifica a desconsideração da sentença que afronta sobremaneira os fatos, não podendo ser imposto a uma pessoa um pai com quem não se tenha algum vínculo, bem como um filho que não tenha essa ligação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, p. 143-149, nº 2, jul/set, 1999.

_____, *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). *Revista Brasileira de Direito de Família*, p.143-160, ano VII, nº31, ago/set, 2005.

DELGADO. José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº1, abr/jun, 1999.

DIDIER Jr., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Gênese*, p.709-733, nº22, out/dez, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Ajuris*, p.30-65, ano XXVII, nº83, tomo I, set/2001.

FACHIN, Luis Edson. Paternidade e Ascendência genética. LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Revista Gênese*, p. 142-162, nº1, v.1, jan/abr, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Gênese*, p. 729-752, nº34, out/dez, 2004.

_____, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*, 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento, vol1*. 5ª ed., rev., atual., 2ª tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Coisa julgada relativa? *Revista Gênese*, p. 790-800, nº30, out/dez, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-629, nº1, jan/jun, 2003.

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

THEODORO Jr., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

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