

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Maurício Cavallazzi Póvoas*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Segurança jurídica. 3 Da filiação e do reconhecimento dos filhos. 4 As ações de filiação. 4.1 Ação de investigação de paternidade. 4.2 Da presunção e da impugnação (ou contestação) da paternidade. Ação negatória e ação anulatória de registro civil: distinções e legitimidade. 4.3 Ação de investigação/negatória de maternidade. 5 As ações de filiação e a coisa julgada. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

O presente artigo analisa a questão da relativização da coisa julgada em ações de filiação, confrontando-a, ou harmonizando-a, com a imprescindível segurança jurídica que deve pautar a vida em sociedade. Inicia-se com a explanação do que vem a ser segurança jurídica, bem como seu alcance e importância. Incursiona-se, posteriormente, por questões de cunho material e processual das ações de filiação e, por fim, mostra-se a tendência atual da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade de relativizar a coisa julgada material em favor da busca da verdade real em ações de investigação e negação de paternidade e maternidade.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Coisa julgada. Relativização.

* Juiz de Direito em Joinville. Especialista em Direito Processual Civil; mestrando em Ciência Jurídica pela Univali.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade [...]”. O mesmo artigo, em seu inciso XXXVI, prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Encerram os dispositivos alhures o que se denomina “princípio da segurança jurídica”, que, em resumo, é a garantia à sociedade de que seu direito será respeitado de acordo com o sistema jurídico vigente ou, no dizer de Nicolau Júnior (2005), é “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

Para abordar o tema no presente artigo deixar-se-ão de lado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido – citados no inciso XXXVI do art. 5º susotranscrito — e centrar-se-á na coisa julgada, conceituada pelo artigo 467 do Código de Processo Civil como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Esse conceito, diga-se, aplica-se tão somente à coisa julgada *material*, que não se confunde com a formal, como se verá adiante.

De toda a forma, a coisa julgada, como representação do princípio da segurança jurídica, deveria, como estabeleceu o legislador, tornar *imutável e indiscutível* a decisão judicial.

Hodiernamente, no entanto, ganha corpo cada vez mais a chamada “relativização da coisa julgada”, que, como o nome já diz, é a possibilidade de rediscussão de matéria já decidida de forma “definitiva” pelo Judiciário,

ou seja, a “modificação do imutável” e a “rediscussão do indiscutível”, seusado o conceito do art. 467 do CPC.

É exatamente sobre essa aparente contradição entre segurança jurídica e relativização da coisa julgada que se tratará neste artigo, olhando-a, no entanto, exclusivamente pela ótica das ações de filiação.

2 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica para a vida em sociedade tem importância inegável. Ela confere, já se disse, previsibilidade e dá a certeza de que o sistema legal funciona como uma máquina azeitada, em que os deveres são exigidos mas os direitos são respeitados.

Borges (2002) dá a dimensão da importância da segurança jurídica ao doutrinarem que:

A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no âmbito do direito positivo, lhe atribuem efetividade. Matéria a ser abordada pela Filosofia do Direito. Sob essa perspectiva, a investigação filosófico-jurídica incide sobre a ordenação jurídica positiva. Não coincide porém com ela. Porque a esta última só interessa a segurança jurídica enquanto valor imanente ao ordenamento jurídico. De conseguinte, a segurança jurídica é, sob este último aspecto, matéria de direito posto. Valor contemplado e consignado em normas de direito positivo.

Mas a segurança jurídica é um atributo que convém tanto às normas jurídicas, quanto à conduta humana, fulcrada em normas jurídico-positivas; normas asseguradoras desse valor – é já dizê-las informadas pela segurança jurídica. Nessa região normativa material contudo não costumam as normas positivas enunciá-la *tout court*, como se assim estivesse inspirado e formulado o princípio: “É assegurada a segurança jurídica”. Nesse enunciado, a segurança jurídica soaria quase como uma vã tautologia. Noutras palavras e mais claramente: a segurança postula, para

a sua efetividade, uma especificação, uma determinação dos critérios preservadores dela própria, no interior do ordenamento jurídico.

Carvalho (2002, p. 146), ainda falando sobre a segurança jurídica, diz que ela tem “um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.

E arremata:

Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações (CARVALHO, 2002, p. 146).

No mesmo norte, assinala Silva (2004, p. 53):

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualificarem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

[...]

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

Se a segurança jurídica é assim tão fundamental, tem o gigantismo apregoado pela doutrina, não seria então impensável, sob qualquer argumento, sua violação ou mitigação, que é o que ocorre, em última análise, quando se fala em relativização da coisa julgada?

Ora, o Direito não é uma ciência exata. O caso concreto tem de ser apreciado levando-se em conta as suas peculiaridades. Se é certo que a segurança jurídica deve ser a regra quase absoluta, não se pode negar que, em determinadas hipóteses, quando o bem jurídico tutelado assim o justificar – como nos casos da ação de filiação –, não se pode descartar a verdade absoluta em nome de regras de direito processual, conforme se justificará adiante.

3 DA FILIAÇÃO E DO RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Antes de ingressar especificamente na questão atinente à relativização da coisa julgada, urge, em razão da abordagem do tema principal, tentar trazer um breve esboço da filiação e do reconhecimento dos filhos conforme normas estampadas no Código Civil brasileiro.

O Código Civil regula a matéria nos artigos 1.596 a 1.617.

Inicia o legislador registrando que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Mais do que norma codificada, tal regra repete literalmente determinação constitucional prevista no art. 227, § 6º, da CF/88.

Reforçou-se – ainda que desnecessariamente – que já não mais se admite a inaceitável “classificação dos filhos” que antes era praticada em nosso país, fato que as legislações anteriores admitiam.

É que antes da Constituição Federal atual havia na legislação pátria, com abrigo também na doutrina e jurisprudência, “categorias” diversas de

filhos, conforme nascidos de pais casados, solteiros, com ou sem impedimento matrimonial, ou de relacionamentos extraconjugais. Monteiro (2004, p. 301) demonstra bem como eram classificados os filhos:

O Código Civil de 1916 estabelecia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos.

Os filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios. Eram havidos como naturais (*naturalis tantum*) quando nascidos de homem e de mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial (*ex soluto et soluta*); espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção.

Se o impedimento decorresse de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme enumeração constante do art. 183, n. I a V, do Código Civil de 1916, os filhos eram havidos como incestuosos; se o impedimento se relacionasse com a existência de casamento anterior de um dos genitores com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade, os filhos eram tidos como adúlteros.

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988¹, no entanto, foram formalmente banidas essas flagrantes discriminações denominacionais, de modo que caiu por terra a vexatória classificação dos filhos, o que, repito, foi reforçado no Código Civil/2002.

Prevê ainda o Código Civil casos em que é presumido que a concepção do filho tenha ocorrido na constância do casamento. Ao trazê-los, atualizou o legislador a nossa Lei Civil à realidade científica que vivemos. De fato, prevê o art. 1.597 do CC:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

1 Art. 227, § 6º, da CF/88: “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”.

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Os incisos I e II não carecem de maiores explicações, pela clareza.

O mesmo não ocorre com os incisos III, IV e V, que trazem termos técnicos que dificultam a compreensão.

Urge esclarecer, portanto, que:

As principais técnicas de reprodução assistida podem ser divididas em grupos: a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga), a fecundação *in vitro* e as chamadas “mães de substituição”. Na inseminação artificial, técnica mais simples e antiga, na qual a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, temos as técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga é aquela na qual o material genético empregado é proveniente do casal interessado na reprodução. Já a reprodução assistida heteróloga é aquela na qual há impossibilidade, do marido ou da esposa, de utilizar o seu material genético, e nesse caso é necessária a utilização de gametas de terceiros (doadores) para que ocorra a reprodução (PINTO, 2008).

É bom gizar, ainda, que os embriões excedentários, previstos no inciso IV susotranscrito, são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno.

Se o art. 1.597 do CC traz hipóteses de presunção de paternidade, o art. 1.599 do mesmo diploma legal cuida de um caso em que essa presun-

ção pode ser ilidida. Assim, a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade. O art. 1.560 do CC, de outra banda, prevê que não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. No direito civil anterior havia prazos prescricionais. No atual não há, o que gerou inúmeras críticas da doutrina em razão da filiação socioafetiva.

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.

O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

As demais disposições dizem respeito diretamente às ações de filiação e serão mais bem esmiuçadas adiante.

4 AS AÇÕES DE FILIAÇÃO

Tem-se como importante, ainda, abordar os principais aspectos das ações de filiação, para que seja perfeitamente enquadrado o tema.

É o que se fará adiante.

4.1 Ação de investigação de paternidade

O ordinário é, logo após ser dado à luz um novo ser humano, o registro do recém-nascido no cartório competente, com a indicação do nome do pai e do da mãe.

O comum, no entanto, nem sempre ocorre.

Casos há – e eles são muitos – em que o menor é registrado apenas com indicação da genitora, sem que seja lançado o nome do pai. Nesses casos pode o filho, por si ou sua representante (ou assistente, se relativamente incapaz), manejar ação de investigação de paternidade.

Assumpção (2004, p. 113-114) expõe que:

O ato de perfilhar assumiu, com o sistema único de filiação consagrado pela Constituição Federal de 1988, um importante papel para fazer cumprir um dos fundamentos da República, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, não permitindo que a criança fique sem pai declarado, procurando-se sempre identificá-lo para lhe atribuir a responsabilidade da paternidade.

Na vigência da Constituição Federal de 1988 foi editada a Lei n. 8.069/90 (ECA), que contemplou, em seu art. 27, o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, ressaltando ainda mais a importância do estabelecimento do vínculo genético.

Nesse quadro, sempre que o reconhecimento não ocorra de forma voluntária, cabe ao interessado promover a ação de estado, denominada “investigação de paternidade”.

A preocupação do texto direciona-se para o reconhecimento forçado da paternidade. A busca judicial do pai visa à declaração da existência de uma relação jurídica de parentesco, ou seja, a relação paterno-filial consanguínea.

A ação de investigação de paternidade é concebida como ação de estado. O estado da pessoa é seu modo particular de existir, sua condição individual na sociedade, da qual derivam direitos e obrigações. Aquela ação visa acertar o estado da pessoa, seja para

afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se encontra, sem a ele ter direito.

Sob a égide do Código Civil de 1916, a ação de investigação de paternidade era restrita aos “filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI” do mesmo diploma legal. Tal discriminação caiu por terra com a entrada em vigor da Constituição de 1988, como bem destaca José Bernardo Ramos Boeira, citado por Assumpção (2004, p. 115) :

A constituição tem como fundamento (art. I, III) a dignidade da pessoa humana, e sob este prisma teve orientado todo o sistema da filiação, visando ao maior interesse do menor, razão pela qual a atividade hermenêutica deve afastar todas as restrições e obstáculos impostos pelo Código Civil, na busca da paternidade verdadeira, não só informada por critérios biologists, mas, sobretudo, hierarquizando os valores que sustentam a paternidade socioafetiva, caracterizada na posse de estado de filho.

[...]

No sistema jurídico vigente, não pode mais o julgador entender que a investigação de paternidade está assentada somente nos fatos determinados no art. 363 do Código Civil, encerrando assim *numerus clausus*. Ao contrário, deverá, sempre que possível, compatibilizar as verdades jurídica, biológica e sociológica, hierarquizando sobretudo esta, estampada na posse de estado de filho.

Com a entrada em vigor do Código Civil atual, tal discriminação foi extirpada definitivamente do texto legal, estatuinto o art. 1.605 que, “na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I — quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Rizzardo (2005, p. 454) esclarece:

O Código Civil atual não coloca qualquer óbice à investigação, como se extrai do art. 1.605 (art. 349 da lei civil de 1916),

embora a redação seja imperfeita, e parece exigir um começo de prova por escrito ou veementes presunções [...].

Na verdade, está garantido o reconhecimento forçado da paternidade ou da maternidade, não se podendo condicionar a ação ao começo de prova escrita ou a veementes presunções resultantes de fatos já certos. Se a pessoa ingressa com a lide, tem ela motivos de convicção para tanto. Sendo a prova buscada através do exame de DNA, ou qualquer outro meio técnico, não é necessário que já venha algum começo de prova ou elemento que enseje veemente presunção. Assim, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, o que se fará no curso da instrução, sem a necessidade de prévio começo de prova ou de veementes presunções.

A legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade está expressa no art. 1.606 do Código Civil, que estabelece que “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Venosa (2005, p. 285-286) explica:

São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade, como autoriza o art. 1.609, parágrafo único (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante do parágrafo único do art. 357 do Código Civil de 1916). Nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Trata-se, como vimos, de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. [...]

A legitimação extraordinária atribuída ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/92, quando, no procedimento de averiguação inoficiosa, o pai indicado não responde à notificação em 30 dias ou nega a paternidade. Essa lei continua em vigor no que não conflitar, até que sofra adaptação ao mais moderno Código Civil. Se o Ministério Público tiver elementos suficientes, deverá propor a ação. Trata-se de substituto processual, conforme o art. 6º do CPC. O Ministério Público propõe a ação de investigação

em nome próprio, para defender interesse alheio, ou seja, o do investigante.

Somente para registro, impende destacar que Rizzardo (2005, p. 456), com apoio em Carvalho Santos, discorda da tese de que o nascituro pode demandar investigação de paternidade. Esse entendimento, no entanto, parece ir na contramão da tendência atual de garantir todos os direitos possíveis ao nascituro, tanto que editada recentemente a lei² que garante os chamados alimentos gravídicos, que outra função não tem a não ser a de albergar direito daquele que já foi concebido mas ainda não nasceu.

Se é certo que a legitimidade ativa só é conferida ao filho, não é demais lembrar que o parágrafo único do artigo 1.606 do CC estabelece que, “se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”.

Assim, se o filho detonou a ação e vem posteriormente a falecer, os herdeiros podem continuá-la sem nenhum problema.

Diniz(2006, p.1.310), sobre o tema, doutrina:

Se o filho vier a falecer sem ter iniciado a ação de prova de sua filiação, sendo maior e capaz, seus herdeiros não poderão vindicar um estado que o finado, por alguma razão pessoal não quis sustentar. Mas se em vida ele já havia dado início a referida ação, vindo a morrer durante o andamento do processo, seus herdeiros, por terem legítimo interesse econômico e moral, estarão autorizados legalmente a dar continuidade à ação, exceto se tiver ocorrido a extinção do processo (p. ex., por desistência, finalização sem julgamento do mérito etc.).

A parte passiva da ação de investigação de paternidade, obviamente, é o suposto pai ou os supostos pais, pois, como adverte Rizzardo (2005, p. 461):

2 Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

No caso de se investigar a paternidade, se a mãe teve uniões com dois ou mais homens em época concomitante, e ignorando com qual concebeu, pensa-se que está habilitado o filho a promover a ação, ao mesmo tempo, contra todos. Requererá a prova pericial em todos, evidentemente por meio de exame do sangue pelo sistema DNA. Justificará a viabilidade de qualquer um deles ser o pai, dadas as relações havidas em momento que circundou o tempo da concepção. Melhor justifica Zeno Veloso: "Tendo a mãe coabitado com vários homens durante o tempo possível da concepção do filho, a ação de investigação de paternidade pode ser intentada, separada ou conjuntamente, contra os mesmos. Se vários podem ser o pai da criança, embora, é claro, só um deles o seja; realmente, até pelo princípio da economia processual, não há razão para que se intentem ações sucessivas, uma depois da outra, contra os pais potenciais, sendo conveniente e útil consolidar a discussão num só processo, tornando mais seguro o contraditório, facilitando a defesa, a produção de provas, enfim, a busca da verdade".

Também podem figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade os herdeiros de suposto pai falecido, conforme lembra Venosa (2005, p. 286):

Deve figurar no pólo passivo da ação o indigitado pai ou seus herdeiros. Atente-se: o espólio não tem legitimidade passiva nessa hipótese. A mãe não é, em princípio, parte legítima para figurar no pólo passivo, pois sua meação não será atingida com o reconhecimento. Participará ela como representante ou assistente do filho menor. Todavia, se o pai apontado não deixar descendentes ou ascendentes, sua mulher será herdeira: nesse caso, deve figurar no pólo passivo da ação, pois a sentença de procedência repercutirá em seu patrimônio.

Neste último caso citado por Venosa, qual seja, da mãe do menor figurar no polo passivo da ação investigatória, imprescindível será a nomeação de curador especial, nos moldes do art. 9º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não obstante as partes passivas serem o genitor (ou genitores) ou seus herdeiros, certo é que qualquer pessoa que tenha justo interesse pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade.³

Importante questão diz respeito à possibilidade, ou não, de desistir da ação de investigação de paternidade. Na realidade, o filho maior, como titular da ação, pode dela desistir livremente. O mesmo não ocorre com relação ao filho menor. É que não tem a representante do suposto filho menor poderes para desistir da ação já aforada e, mostrando-se desidiosa, deve o juiz nomear à criança ou ao infante curador especial ou, ainda, pode o Ministério Público prosseguir na ação.

Dias (2006, p. 336)ressalta:

Proposta a ação investigatória de paternidade, e sendo o autor maior de idade, não há óbice a que venha dela desistir, o que enseja a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 267 VIII). Tal não implica, contudo, em renúncia ao direito, tanto que pode o desistente, a qualquer momento, intentar nova ação. No entanto, proposta a demanda por menor de idade, representado ou assistido pela mãe (CPC 8º), inexistente a possibilidade de desistência. Como a genitora apenas representa o filho, eventual pedido nesse sentido evidencia falta de zelo pelo interessada criança, a subtrair a possibilidade de continuar a representá-la em juízo. Nessa hipótese, cabe a nomeação de um curador especial para prosseguir a ação em nome do autor. Como o Ministério Público tem legitimidade para propor ação investigatória (L 8.560/1992 2º § 4º), também o tem para dar seguimento à ação, como substituto processual, quando houver desídia da representante do investigador.

Ao final, giza-se que sentença que julgar procedente a ação de investigação poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

3 Art. 1.615 do Código Civil.

4.2 Da presunção e da impugnação (ou contestação) da paternidade. Ação negatória e ação anulatória de registro civil: distinções e legitimidade

O Código Civil, nos artigos 1.597a 1.602, regula a matéria referente à presunção de paternidade e, ainda, define quando e por quem tal presunção pode ser contestada.

Dispõe, efetivamente, o artigo 1.597 que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao comentar a norma, Pereira (2004, p. 316-317) diz:

Em princípio, o momento determinante da paternidade do filho é o da concepção. Cumpre então fixar esse momento, provando-se quando a concepção teve lugar.

Embora a ciência moderna disponha de meios para determinar com precisão de poucos dias de diferença a data em que se deu a concepção, o direito se vale ainda aqui de um jogo de presunções.

Por isso, já foi dito que, colocado o problema no plano social, por muito tempo vigorou como verdade que “a filiação é objeto de crença e não de ciência”. Admitindo como filho aquele concebido na constância do matrimônio, a lei estabelece, com

base na observação e nas probabilidades, os termos máximo e mínimo de uma gestação: trezentos dias e cento e oitenta dias, respectivamente.

Para o direito, a paternidade deixa de ser objeto de investigação científica, assumindo as condições de uma aceitação. E enuncia o artigo que se presume concebido na constância do casamento, o filho nascido cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. Não se conta o prazo da data das núpcias, porque motivos vários podem distanciar dela a convivência efetiva, como sejam uma doença, o afastamento, uma razão qualquer que a impossibilite. Não cabe discutir se, sob o aspecto biológico, o prazo de cento e oitenta dias é bastante para uma gestação a termo. A lei o institui *in favore legitimitatis*, porque a Medicina Legal aponta casos, posto que raros, de um nascimento nesse prazo, e o que o direito pretende é evitar discussões, às mais das vezes estéreis, em torno de assunto que mais fere a moral e o decoro doméstico do que as conveniências científicas.

Partindo de que o período normal de gravidez é de 270 dias, mas que, em casos excepcionais, pode restringir-se a seis, ficou estabelecido que se presume filho aquele “nascido 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” (inciso I do art. 1.597).

Admitindo-se, por outro lado, que não é provável um período de gestação maior de trezentos dias, a lei presume concebido na constância do casamento o filho que venha a nascer dentro desse prazo, computado a partir de quando a sociedade conjugal se dissolveu, pela morte do marido, pelo decreto anulatório, ou pela separação judicial, no pressuposto de que aí cessou a convivência (inciso II do art. 1.597).

Esta presunção institui-se a favor do filho e não contra ele: assim, se ficar cientificamente provado que a gravidez anormalmente se estendeu além de 300 dias, ou se antecipou para menos de 180, não se excluirá a paternidade.

Se o casamento se contraiu por procuração, o prazo se haverá de computar a partir de quando se estabeleceu a “convivência conjugal”, e não do dia em que as núpcias foram celebradas.

Atente-se, no entanto, à ressalva constante do artigo 1.598 do Código Civil, que estatui:

Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil encerram inovação legislativa, já comentada de passagem em tópico anterior, trazendo casos de presunção de paternidade quando a concepção se dá com o auxílio de técnicas de reprodução científicas. Tais incisos preceituam que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Dias (2006, p. 302) explica com detalhes:

A enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das novas formas de filiação. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação. Ainda assim, presume a lei como concebidos na constância do casamento os filhos (CC 1.597): III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido. Tímida foi a incursão do legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de inseminação artificial. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente

amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as “técnicas de reprodução assistida” que permitem a geração de vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A fecundação, resultante de reprodução medicamente assistida, é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Chama-se de concepção homóloga quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, utiliza-se o esperma de um doador fértil. Ocorrendo a concepção com material genético de outrem, o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, o marido será o pai, por presunção legal, se consentiu com a prática.

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados no ventre de uma mulher, são chamados de embriões excedentários. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, sendo levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que levou a efeito a fertilização.

Vimos que o Código Civil traz em seu bojo os casos de presunção de paternidade. Questiona-se: é possível ilidir tal presunção?

A resposta é positiva.

É cediço que a presunção de paternidade prevista no art. 1.597 do Código Civil é *juris tantum*, ou seja, admite prova contrária. A prova, em casos tais, deve ser colhida em ação negatória de paternidade ou em ação anulatória de registro civil. São distintas essas ações, apesar de comumente serem confundidas.

Caixeta (2005) faz a distinção:

Primeiramente, no que tange ao cabimento da ação há de se observar que a Ação Anulatória do Registro da Paternidade se fundamenta na ocorrência de vício formal do ato registral, não se confundindo com a demanda negatória, que tem por substrato vício material. A demanda negatória de filiação é exercitável para impugnar a legitimidade da filiação. Já na ação anulatória do registro visa o pai registral a possibilidade de buscar desconstituir o registro de nascimento, mesmo que o tenha levado a efeito, trazendo por fundamento ou a ocorrência de erro formal no assento de nascimento ou a ocorrência de vício do consentimento quando do registro, como, *v.g.*, quando o pai registral procedeu ao registro mediante fraude, tendo sido induzido em erro, não sendo sabedor da circunstância de não ser o pai biológico da criança gerada por sua esposa ou companheira. Exemplo esse que se coaduna com o caso em tela.

Assim, ainda que em ambas as demandas o pedido seja o mesmo, ou seja, o fim do vínculo parental, a causa de pedir de cada uma é distinta. Portanto, manejada a Ação Negatória de Paternidade, o efeito secundário é a desconstituição do registro. Proposta a Ação Anulatória do Registro de Nascimento, apenas inverte-se a relação de causa e efeito, apesar de o resultado final ser rigorosamente o mesmo. Ademais, ambas ações não podem ser usadas em caráter subsidiário.

O mesmo autor (CAIXETA, 2005) apoia sua tese em julgados pátrios:

Essa questão que durante algum tempo atormentou os Tribunais agora se encontra pacificada no sentido de não permitir que se confunda a Ação Anulatória do Registro de Nascimento com a Negatória de Paternidade. Senão vejamos:

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E ANULATÓRIA DE REGISTRO. Não se confundem ambas as demandas, que dispõem de diversos fundamentos e distintas causas de pedir. O simples fato de ter a inicial as nominado como ações cumuladas não permite reconhecer tenha o autor desferido pedido alternativo eventual. Rejeitada a ação negatória de paternidade pelo reconhecimento da prescrição, descabe determinar o pros-

seguimento da anulatória do registro, que não dispõe de prazo prescricional. Embargos acolhidos. (Embargos Infringentes nº 70001919414 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis – Sapucaia do Sul)”.

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - DISTINÇÕES - Distinguem-se a ação anulatória de registro de nascimento, ou de impugnação de legitimidade, da negatória porque, nesta última, há exercício de direito personalíssimo do marido, visando a ilidir a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, enquanto a primeira, embora também ação de estado, visa a desconstituir falsidade ideológica constante de registro público, decorrente de erro ou falsidade. Apelo provido para reformar a sentença que acolheu a decadência. (TJRS - AC 595.114.117 - 7ª C. Cível - Rel. Paulo Heerd - J. 01.11.1995)”.

“PRESCRIÇÃO - Anulação de registro de nascimento. Interesse econômico do autor. Ação de estado. Imprescritibilidade. Registro Civil. Assento de nascimento. Falsidade ideológica. Inaplicabilidade dos arts. 344 e 178, § 3º, do CC. Ação anulatória que pode ser intentada por qualquer interessado. (TJSP - AI 116.033-1 - 7ª C - Rel. Des. Godofredo Mauro - J. 06.09.1989) (RJTJESP 123/295) (RJ 161/81)”.

Portanto, seja pela ação negatória, seja pela ação de anulação de registro, pode aquele que tem algum filho registrado em seu nome opor-se ao que consta no registro.

Como o tema deste artigo é a filiação e como na ação de anulação de registro – já se viu alhures – mais importa o documento público do que propriamente a relação filial, deve ater-se este capítulo mais à ação negatória de paternidade do que à anulatória.

Dower (2004, p. 170) define que “A ação negatória de paternidade tem por finalidade contestar a legitimidade do filho concebido na constância do casamento ou no período de concepção presumida pela lei, em que o pai se insurge contra a paternidade que lhe é atribuída”.

De fato, se a ação de investigação de paternidade, como se viu, objetiva descobrir quem é o genitor de menor cujo nome do pai não consta do registro de nascimento, a ação negatória, ao revés, tem como fim averiguar se aquele que consta do registro de nascimento – ou que a lei, por determinação legal, presume ser pai — é mesmo o genitor.

O próprio legislador ordinário tratou de deixar bem clara a relatividade da presunção de paternidade ao estatuir, no artigo 1.599 do Código Civil, que a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide tal presunção. Assim, mesmo que o nascimento tenha-se dado naquelas circunstâncias em que a paternidade é presumida, ela cai por terra se o suposto pai provar que era impotente para gerar na época da concepção.

Mas não é somente no caso do artigo 1.599 do CC que a presunção é ilidida. Há diversas outras hipóteses que autorizam o ajuizamento de negatória de paternidade. Não é, nesse particular, taxativo o Código Civil.

Por exemplo, pode o marido provar que a mulher era infiel na época em que o suposto filho foi concebido. Se é certo que “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”⁴, não menos certo é que poderá ficar provado, inclusive por exame de DNA, que, mesmo sendo o suposto pai marido da mãe do menor, ele não é o genitor, o que derruba a presunção legal.

Fachin (2005, p. 85), em reforço, comenta:

Em síntese, a paternidade presumida pelo direito brasileiro, de natureza relativa, dos filhos tidos na constância do casamento, pode ser impugnada em algumas circunstâncias, nas quais o proponente pode provar: a) que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho, tempo razoável para mensurar o possível

4 Art. 1.600 do Código Civil.

período da concepção da criança; b) que a esse tempo estavam os cônjuges separados de fato, o que abarca a hipótese de distanciamento conjugal devido à prestação de serviços militares, bem como a situação de separação de corpos; c) que houve adultério, desde que presentes os elementos acima apontados, caso em que seria aceita apenas como prova complementar; d) que se encontra acometido de impotência; e) que não havia possibilidade de ter ocorrido fertilização *in vitro* ou inseminação artificial homóloga, já que nunca foi doador de sêmen.

Viu-se, anteriormente, que a ação de investigação de paternidade é imprescritível. Pergunta-se: o mesmo ocorre com a ação negatória de paternidade?

A resposta é positiva, até por disposição expressa no artigo 1.601 do Código Civil.

No tocante à legitimidade ativa, o Código de 1916, em seu artigo 344, previa ser privativamente do marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. A palavra *privativamente* foi excluída do texto legal, de sorte que, como adverte Dias (2006, p. 324), após tecer críticas ao novo texto do Código Civil:

De qualquer forma, a omissão do legislador tem de ter significado, não cabendo impor limite que não mais consta da lei. Não é possível sequer invocar impedimento processual (CPC 6º): ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio. Existem legitimações extraordinária, e terceiros, comprovando interesse jurídico, podem vir a júizo em nome alheio.

Rizzardo (2005, p. 428-429) atribui a legitimidade ativa só ao marido. Diz ele:

Ao marido reconhece-se a titularidade porque diretamente interessado. A iniciativa depende de sua sensibilidade íntima, ou de sua capacidade de absorver o adultério e de assumir a criança que vai nascer. Somente ele, na exposição de Clóvis Beviláqua, diante da “infidelidade de sua consorte indigna, que não soube

manter o culto da honra”, decidirá se vai ou não suportar “o escândalo e o ridículo”.

Se, no curso da ação, ocorrer o falecimento do marido, e se este já houver impugnado a filiação, seus filhos e herdeiros assumem a relação processual. Por herdeiros não se entendem apenas os filhos, mas todos aqueles que são aptos a suceder, sempre uns na falta de outros. De modo que são aplicadas as mesmas regras da ordem hereditária à capacidade de substituição processual.

Percebe-se da redação do parágrafo único que, para os herdeiros seguirem na posição de substitutos processuais, pressupõe-se a existência da lide, ou a manifestação do marido ou companheiro contra a atribuição de sua paternidade em relação a um pretense filho. Em suma, o início da ação restringe-se ao marido. Mário Aguiar Moura fornece as razões: “Se bem que a ação negatória da paternidade não se apresente como um direito pessoal por natureza, é, entretanto, um direito pessoal gerado pelo interesse da coletividade, pela ordem pública, pela necessidade de circundar a instituição da família com uma força protetora que a ponha a salvo dos ataques de outros que não-legítimos interessados, expressamente indicados em lei.

Só o marido pode ser o juiz pessoal da situação relativa à legitimidade do filho nascido de sua esposa legítima; só ele pode medir a proporção da vantagem da filiação”.

Há, como se vê, divergência de entendimentos acerca da legitimidade ativa nas ações negatórias de paternidade, portanto cabe ao julgador acolher ou não pleito aforado por aquele que não é o pai, mas tem interesse na causa.

Como elucidção do tema, vale transcrever acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se registrou entendimento de que a legitimidade ativa em ação negatória é só do pai, ao revés da ação de anulação de registro. Eis a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DAS HERDEIRAS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A ação

negatória de paternidade é privativa do marido (art. 1.601 do CC/02), mas as herdeiras têm legitimidade para propor ação anulatória do registro de nascimento da ré. Contudo, o pedido é juridicamente impossível se há alegação de mera dúvida a respeito da paternidade, a qual não autoriza o ajuizamento da ação. O registro de nascimento, como ato jurídico que é, por força do que dispõe o art. 185 c/c art. 171 do Código Civil, só pode ser anulado quando existente defeito: por erro (art. 138), dolo (art. 145), coação (art. 151) e estado de perigo (art. 156). Ou então pode ser nulo o registro de nascimento nas hipóteses previstas no art. 166 do Código Civil. Apelação desprovida (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

No que concerne à legitimidade passiva, esta é do filho, representado (ou assistido) por sua mãe, se for o caso.

4.3 Ação de investigação/negatória de maternidade

As ações de investigação e negatória de maternidade são, por razões óbvias, muito mais raras de se encontrar no dia a dia forense.

Isso, logicamente, porque a maternidade é visível, ou seja, todos que estão ao entorno da genitora, de ordinário, acompanham sua gestação, dos primeiros meses até o registro do novo ser.

Entretanto, casos podem ocorrer em que a maternidade também é contestada. Nessas hipóteses, deve a mãe ou o filho ajuizar ação negatória (a primeira) ou de investigação (o segundo) de maternidade.

Lotufo (2002, p. 200) acentua que, “embora não comum, porque quase sempre *mater semper certa est* a investigação de maternidade é permitida, do mesmo modo que a da paternidade, muito embora a lei não estabeleça pressupostos de admissibilidade da ação”.

Logo em seguida, a mesma autora (LOTUFO, 2002, p. 200) exemplifica:

O pretense filho, por exemplo, cuja maternidade é desconhecida por haver sido abandonado logo após o nascimento, pode ter recebido informações que lhe pareçam verdadeiras de que determinada mulher é a sua mãe; pode também, tomar conhecimento, num determinado momento de sua vida, que quando recém-nascido foi subtraído da mãe e entregue pelo pai à concubina, que o registrou como filho. Não seria justo, em nenhum dos exemplos, negar-lhe o direito de ter constatada a identidade de sua verdadeira mãe pois faz parte do direito da personalidade a identificação pessoal, que só estará completa com o estabelecimento da filiação.

No caso da ação negatória de maternidade, um exemplo seria a hipótese de alguma mulher ser coagida a registrar, como seu, filho de outra. Nessa situação, provado o vício de consentimento, pode-se admitir a discussão da maternidade em ação que busca negá-la.

A legitimidade ativa da ação de investigação de maternidade é do filho, representado ou assistido por seu representante legal, caso seja relativa ou absolutamente incapaz. Tal como ocorre na investigatória de paternidade, se o filho falecer sem intentar a ação, tal direito não se transmite aos herdeiros, que, no entanto, podem dar curso à ação já iniciada.

Na ação negatória de maternidade, a legitimidade ativa é da pretensa mãe e a passiva, do filho, nos mesmos moldes citados.

5 AS AÇÕES DE FILIAÇÃO E A COISA JULGADA

Agora sim, passa-se a centrar a questão no que diz respeito à coisa julgada em investigação de paternidade e maternidade.

O artigo 467 do Código de Processo Civil, já se viu alhures, estabelece que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Nota-se que o legislador não se preocupou em conceituar *coisa julgada formal*.

Porto (2000, p. 183-184), comentando esse dispositivo, ensina o que é coisa julgada formal:

A formatação da idéia mais segura em torno do instituto da coisa julgada passa indiscutivelmente pela compreensão do fenômeno em todos os seus níveis.

Assim, antes do entendimento da idéia de coisa julgada material, a qual integra preferencialmente o propósito do artigo 467 e representa um segundo patamar de entendimento em torno da imutabilidade das decisões judiciais, indispensável o perfeito domínio do fenômeno da coisa julgada formal, pois este antecede àquela. Nesta medida, consoante já destacado no corpo desta obra, a coisa julgada formal representa uma das espécies de preclusão processual, já que se constitui na impossibilidade da prática eficaz de determinado ato ou porque superado o tempo legal de praticá-lo, ou porque foi praticado um e não foram praticados outros ou, ainda, porque foram praticados todos os atos possíveis para a consecução de um fim e não há mais como reverter um resultado jurisdicional, no processo em que a decisão foi proferida.

Assim, cumpre elucidar que a coisa julgada formal confere indiscutibilidade à decisão no processo em que esta foi proferida, limitando sua realização a este, exatamente porque não há mais como impugná-la de forma efetiva neste processo, pois superadas todas as possibilidades de impugnação postas à disposição dos litigantes, vale dizer: proferida a decisão, a parte podendo recorrer, não o fez, ou apresentou alguns recursos e não apresentou outros ou, ainda, já apresentou todos os recursos possíveis e esgotou a via recursal em todos os seus graus, operando-se, pois, a preclusão máxima, quer tenha ou não havido análise de mérito.

Desta forma, possível arrematar, afirmando que tanto as sentenças terminativas (as quais não procedem exame do mérito) quanto as definitivas (que procedem exame de mérito) atingem o estado de coisa julgada formal, na medida em que qualquer delas possui a qualidade de tornar-se indiscutível, portanto, imutável,

no processo em que forem proferidas e nessa circunstância reside a compreensão do instituto da coisa julgada.

Vista a existência não só da coisa julgada material – conceituada pelo legislador –, mas também da coisa julgada formal, resta traçar detidamente a diferença entre ambas. Theodoro Júnior (2006, p. 577) o faz com maestria:

O Código, no art. 467, limitou-se a definir a coisa julgada material, afirmando que:

“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Mas existe, também, a coisa julgada formal, que se difere daquele fenômeno descrito no Código e que é tradicionalmente tratada pelos processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença.

Na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

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

Imutável a decisão, dentro do processo, “esgota-se a função jurisdicional”. O Estado, pelo seu órgão judiciário, “faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado”.

Mas a imutabilidade, que impede o juiz de proferir novo julgamento no processo, para as partes tem reflexos, também, fora do processo, impedindo-as de virem a renovar a discussão da lide em outros processos. Para os litigantes sujeitos à *res iudicata*, “o comando emergente da sentença se reflete, também, fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade de seus efeitos”.

A partir do trânsito em julgado material “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lei e das questões decididas” (art. 468).

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 das *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.

Mas se a coisa julgada – tanto formal quanto material – impede que a questão seja novamente decidida, cada uma dentro de seu âmbito de extensão processual, por que falar em relativização da coisa julgada?

Marinoni (2004) lembra que:

Por já se haver superado as bases do positivismo normativista de Kelsen e Hart, afirmar-se secamente que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades. Pode-se afirmar com convicção que o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito. Prova disto, no âmbito da legitimidade das decisões judiciais, é a própria existência de hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória.

Como advertiu Marinoni, seria bastante confortável simplesmente dizer que o que o Estado-Juiz decidiu é soberano, definitivo. Mas, já se disse antes, o Direito não é uma ciência exata. Não há afastar a possibilidade da existência de casos em que, mesmo havendo decisão com trânsito em julgado, provas posteriores mostrem fatos que alteram a realidade antes tida como certa e acabada.

Nesses casos, levando-se em conta, sobretudo, o bem jurídico tutelado, deve sim ser relativizada a coisa julgada, para que seja prestigiada a verdade real em detrimento de mero formalismo processual.

É justamente o que ocorre nas ações de filiação (investigatórias de paternidade e maternidade).

Indiscutivelmente o bem jurídico em análise em ações dessa natureza impede que o formalismo processual ou a vaga argumentação da segurança jurídica possa sobrepujar a verdade real.

Modernamente – destaca Porto (2002, p. 184), ao comentar “o quê” é imutável na sentença transitada em julgado –, “parece não ser possível desvincular esta questão da natureza do direito posto em causa, pois se este for disponível a solução será uma, e, se for indisponível a proposta de solução será outra [...]”.

Adentrando especificamente nas ações de filiação, a jurisprudência preponderante atualmente é no sentido de que “a restrição da coisa julgada nas demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética do investigando” (Enunciado 109 da Jornada de Direito Civil do STJ)⁵.

Dias (2007, p. 347) resume que, “afirmada ou negada a paternidade na via judicial, sem a prova da paternidade biológica, impõe-se autorizar tanto ao filho, quanto ao pai que voltem à justiça para o estabelecimento da verdade real. Essa nova orientação, que passou a ser chamada de *relativização da coisa julgada* [...]”.

Digamos, por exemplo, que determinada pessoa tenha ajuizado ação de investigação de paternidade (ou maternidade, ou ainda negatória) quando ainda não havia o exame de DNA. Ou, ainda, que na época em que julgada a ação não tenha sido possível, por algum motivo (*v. g.* suposto pai não encontrado), realizar o exame de DNA. Seria justo não dar ao

5 As Jornadas de Direito Civil são uma realização do Conselho da Justiça Federal - CJF e do Centro de Estudos Jurídicos do CJF. Nessas jornadas, compostas por especialistas e convidados do mais notório saber jurídico, são elaborados enunciados de Direito Civil, baseados sempre no novo Código Civil e que buscam uma melhor interpretação de seus dispositivos.

autor outra oportunidade de descobrir a verdade real sobre um tema tão relevante como a filiação, somente por questão processual?

Dias (2007) explicita que:

Conforme Chioyenda, o processo não se limita à definição dos direitos dos litigantes, tendo por objetivo a atuação da vontade da lei. Mas o interesse público na composição dos conflitos não deve suplantar o interesse de um menor em identificar seus vínculos familiares. De forma contundente, a Constituição Federal outorga especial proteção à família (art. 226), proclamando como dever do Estado assegurar à criança a convivência familiar (art. 227). De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) decanta que o direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação é indisponível e imprescritível (art. 27).

Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que, mesmo tendo assento constitucional, não pode impedir o livre acesso à Justiça para o reconhecimento da filiação, pois se trata de direito fundamental à identidade. A temporária impossibilidade probatória ou, a negligência do réu em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento não pode gerar certeza jurídica.

No mesmo norte, Welter (2000, p. 51) diz que:

Em matéria de investigação de paternidade, a coisa julgada material deverá ser repensada, pois estamos frente a um direito natural e constitucional de personalidade, que faz parte do princípio da dignidade humana, elevado à categoria de fundamento da República do País (artigo 1º, inciso III, da CF), sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de interesse público.

Ora, a prova em ações de filiação é eminentemente técnica, na maioria dos casos, até porque elas raramente envolvem pais que tenham relacionamento público por muitos anos (os casados ou os que vivem em união estável). Normalmente o pai e a mãe do suposto filho tiveram

relacionamento clandestino, o que dificulta e muito a prova da existência da aludida relação ou da exclusividade dela. A prova técnica, pois, é fundamental.

Assim, não produzida ela e julgado procedente ou improcedente o pleito investigatório, mister se faz relativizar a coisa julgada material e permitir que novamente se produza prova, neste caso técnica, para solver de uma vez por todas a questão.

Neste ponto, é interessante gizar que hoje é pacífico o entendimento no sentido de que:

É imprescritível a ação de investigação de paternidade e alteração de registro de nascimento, mesmo na hipótese de vencido o prazo de 4 (quatro) anos, após a maioridade. Merece realce o entendimento segundo o qual “a ação de investigação de paternidade é imprescritível. O tempo não pode impedir nenhuma pessoa humana de buscar o seu verdadeiro pai. E o sistema de direito positivo que nasceu com a Constituição de 1988 consagrou, sem dúvida, esse postulado de ordem pública” (cf. Resp nº 158.086-MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 28/08/2000) (BRASIL, 2006).

Welter (2000, p. 23-24) ressalta:

Washington de Barros Monteiro diz que o direito à filiação é, igualmente, “imprescritível. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento de seu *status familiae*, assim como ao genitor o dever de responder pelo seu dever. Essa imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o do Estado. Além disso, o *status familiae* implica coincidência de direitos e deveres, que impede que alguém isente de seus deveres, despojando-se dos direitos que porventura lhe assistam. Nesse sentido, a súmula 149 do STF”.

Com efeito, a busca da “verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional, em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal”, motivo por que não se pode sus-

tentar tese de eventual prescritibilidade da ação investigatória de paternidade, sob pena de se manter o sistema anterior da simples verdade processual, formal, ficção jurídica, e não a obrigatoria paternidade genética.

Portanto, a ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade é imprescritível, isso porque, “tendo os filhos, nascidos ou não do casamento, os mesmos direitos, é evidente que podem pleitear a paternidade verdadeira, a qualquer tempo, mesmo estando registrados por outrem, que não acreditam ser o verdadeiro pai”.

Nesse mesmo sentido o magistério de Arnaldo Rizzardo: “É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. V, letra ‘b’, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a ação de investigação de paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória de paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência. O estado da pessoa constitui emanção da personalidade, sendo indisponível”.

E se a ação de investigação de paternidade (ou maternidade, ou negatória) tivesse sido ajuizada antes da sedimentação desse entendimento e sob a égide do Código Civil anterior, que previa prazo prescricional, e tivesse sido fulminada por sentença? Ainda nesse caso a coisa julgada deveria ser relativizada, o que permitiria o ajuizamento de nova demanda, já que o entendimento atual e a certeza que o exame de DNA traz devem, como já se viu, sobrepujar questões meramente processuais, em homenagem, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma: por serem imprescritíveis as ações e diante da natureza do direito em questão, enquanto não produzido o exame de DNA não faz coisa julgada formal ou material a sentença que negou ou reconheceu a paternidade ou maternidade.

Os tribunais agasalham unanimemente essa tese:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXTINÇÃO DITADA. VÍNCULO PARENTAL RECONHECIDO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM PROVAS TESTEMUNHAIS. SENTENÇA E ACÓRDÃO TRANSITADOS EM JULGADO. INDISPENSABILIDADE DA PROVA GENÉTICA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. RECLAMO RECURSAL ACOLHIDO.

O sacramentização do dogma da coisa julgada não deve se sobrepor, mormente no âmbito do direito de família, aos constantes avanços científicos que, dia a dia, são alcançados no universo da medicina. Assim, essa dogmatização há que ser relativizada em tema de investigação de paternidade, onde a verdade real há de ser perseguida sempre, sucumbindo, pois, às tendências mais modernas, perdendo a coisa julgada, pois, o caráter quase que deificado com que sempre foi ela cercada. E, considerando-se que, hoje, os laços biológicos efetivos entre ascendente e descendente devem ser sempre buscados, ainda mais quando se tem serem esses laços de suma importância no diagnóstico e tratamento de enfermidades que dependem de transplante de órgãos de parentes próximos, de inquestionável oportunidade é admitir-se a tramitação de ação negatória de paternidade, proposta por quem teve a sua paternidade afirmada com base em meros depoimentos testemunhais (SANTA CATARINA, 2008).

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL.

I — Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência

do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade.

Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2004).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que tudo acima se viu, não se nega a importância da coisa julgada como instrumento capaz de conferir a segurança jurídica indispensável para a vida em sociedade, e de gerar harmonia e previsibilidade.

Não obstante, também não se pode afastar a possibilidade de relativização da coisa julgada sobretudo em casos de ação de filiação, independentemente de superada ou não para o ajuizamento de ação rescisória, porque o bem jurídico tutelado faz com que a verdade real deva prevalecer sobre aspectos processuais, por mais relevantes que eles sejam.

Sempre que houver a possibilidade de comprovar quem é o verdadeiro pai ou mãe, sempre que uma relação filial puder ser demonstrada de forma segura e incontestável, através de prova técnica moderna e confiável, deve-se permitir aos envolvidos a produção dessa prova, sob pena de minimizar a dignidade da pessoa humana e maximizar o formalismo.

7 REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da paternidade no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, BA, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-JOSE-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 400103-RS(2001/0182845-5), Quarta Turma, relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 21-9-2006. DJ 13-11-2006, p. 263. RNDJ, v. 87, p. 82.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 427117-MS (2002/0044155-6), Terceira Turma, relator: Ministro Castro Filho. Julgado em 4-11-2003. DJ 16-2-2004, p. 241. REVFOR, v. 375, p. 310. RSTJ, v. 179, p. 294.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. Síndrome de Klinefelter: ação anulatória do registro da paternidade ou negatória de filiação? *Jus Navigandi*, Teresina, PI, jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7050>>. Acesso em: 6 maio 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. São Paulo: Nelpa, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.18.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Jus Navigandi*, Teresina, PI, mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?. *Jurid*, Bauru, SP, mar. 2005. Disponível em: <www.jurid.com.br>. Acesso em: 18 nov. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório. *Recanto das Letras*, fev. 2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70013957345, 8ª Câmara Cível, relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgada em 9-3-2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2007.061645-7, de Blumenau, relator: Des. Trindade dos Santos. Julgada em 28-4-2008.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *Revista brasileira de direito público*, Belo Horizonte, v. 6, jul. 2004, p. 7-59.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2000.