

IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PUBLICO
Curso de Pós-Graduação Lato *Sensu*
Direito Processual Civil

Aluna: Eliana Maria do Socorro Neri Schneider

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS
CASOS DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
aspectos polêmicos

Monografia apresentada como requisito
para conclusão de disciplina Metodologia da
Pesquisa Jurídica

Professora: Inês Porto

Brasília – DF
2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	5
1.1 O Paradigmático caso do Recurso Especial Nº 706.987 - SP.....	5
1.2 Votos favoráveis ao Recurso Especial interposto pelo Investigado, julgando extinta a nova lide investigatória, em face da coisa julgada.....	8
1.2.1 - <i>Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – Relator</i>	8
1.2.2 - <i>Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA</i>	9
1.2.3 - <i>Ministro ARI PARGENDLER</i>	10
1.2.4 - <i>Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO</i>	11
1.2.5 - <i>VOTO DE DESEMPATE - Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIO</i>	12
1.3 Votos que negaram seguimento ao Recurso Especial, admitindo a flexibilizando a coisa julgada.....	13
1.3.1 - <i>Ministro JORGE SCARTEZZIN</i>	13
1.3.2 – <i>Voto da ministra NANCY ANDRIGHI</i>	16
1.3.3. <i>Voto do ministro CASTRO FILHO</i>	18
1.3.4 <i>Voto do Ministro MASSAMI YUEDA</i>	20
2 A COISA JULGADA.....	22
2.1. Conceito.....	22
2.2. Tipos de Coisa Julgada:.....	23
2.2.1. <i>Coisa Julgada Material</i>	23
2.2.2. <i>Coisa Julgada Formal</i>	24
2.3. Limites da Coisa Julgada.....	26
2.3.1. <i>Limites Objetivos</i>	26
2.3.2. <i>Limites subjetivos</i>	26
3. SENTENÇAS QUE NÃO TRANSITAM EM JULGADO.....	29
3.1. Sentenças Juridicamente Inexistentes.....	30
3.2. Sentenças infra petita.....	30
3.3. Sentenças ultra ou extra petita.....	31
3.4. Ofensa à Coisa Julgada.....	32
4 IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA.....	35
4.1. Ação Rescisória.....	37
4.1.1 <i>Possibilidade de realização do exame de DNA no curso da ação rescisória</i>	39
4.1.2 <i>Possibilidade de manejo da ação rescisória com base em exame de DNA produzido após a sentença</i>	39
4.2 Querela Nullitatis.....	42
5 DESCONSIDERAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	45
5.1. Relativização da Coisa Julgada nas ações de investigação de paternidade..	49
CONCLUSÃO.....	591
REFERÊNCIAS.....	612

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva demonstrar os aspectos polêmicos apresentados pela doutrina e jurisprudência, concernentes à relativização ou impugnação da coisa julgada nos casos de investigação de paternidade.

Em um primeiro momento, para um melhor entendimento do que essa polêmica representa na vida das pessoas e, por conseguinte, na prática forense, será apresentado um caso concreto em que dois irmãos gêmeos lutam há anos para comprovar a paternidade biológica. O caso é muito interessante porque nossos tribunais, ressalvadas algumas resistências, têm, na sua maioria, demonstrado uma tendência a flexibilizar a coisa julgada nos casos de investigação de paternidade, quando as provas produzidas na lide primitiva não foram suficientes para comprovar o vínculo genético entre os investigados. Ocorre que no caso apresentado, as provas foram produzidas e, com relação a um dos gêmeos, foi afastada a paternidade pelo exame de sangue realizado à época (quando não existia o exame de DNA), razão pela qual o juiz monocrático, entendendo que se o investigado não era pai de um dos gêmeos, não poderia ser do outro, julgou improcedente o pedido, sem que o exame fosse realizado no outro irmão.

Posteriormente, será feito um breve estudo sobre o instituto da Coisa Julgada, seu conceito e seus limites, suas inúmeras denominações, bem como os meios admitidos em nosso ordenamento jurídico para impugná-la, quer sejam os meios típicos (previstos em lei), como a Ação Rescisória, a Querela Nullitatis e o Mandado de Segurança contra ato judicial, quer sejam os meios considerados por parte da nossa moderna doutrina como atípicos, (não previstos em lei) como é o caso da chamada Relativização da Coisa Julgada.

Nesse contexto, apesar de fazer uma explanação sobre os chamados meios típicos para a impugnação da coisa julgada, o presente trabalho não se aterá ao estudo aprofundado sobre cada um deles, por ter como enfoque principal a impugnação atípica da coisa julgada, ou seja, a rediscussão de mérito de uma lide já decidida pelo judiciário, que não pode ser feita pelo manejo da ação rescisória, por não se enquadrar nas hipóteses restritivas do artigo 485 do CPC ou porque, em se enquadrando, já tenha decorrido o lapso temporal de dois anos para sua propositura, tampouco podendo ser impugnada pela ação declaratória de

inexistência (*Querela Nullitatis*), muito menos pelo Mandado de Segurança contra ato judicial.

Dada a relevância do estudo da ação rescisória quando se fala em impugnação da coisa julgada, o presente trabalho abrangerá análise de alguns pontos controvertidos sobre a possibilidade de manejo de ação rescisória contra decisão que julga procedente ou improcedente o pedido com o objetivo de realização de exame de DNA durante o seu curso e a ação rescisória que julga o pedido fundada em exame de DNA realizado após a sentença, não será feita porém, a análise exaustiva desse instituto, em face de sua grande extensão.

Em seguida, serão enumeradas as várias teses apresentadas por nossos operadores do Direito no sentido de defender ou execrar a possibilidade de desconsiderar as decisões judiciais de mérito trânsitas em julgado fora das hipóteses previstas em nossa legislação. As lides referentes à comprovação do vínculo genético foram apresentadas em separado, porque mesmo aqueles que têm receio em admitir a relativização da coisa julgada inconstitucional, reconhecem que, diante da acelerada evolução tecnológica e do pensamento que vivenciamos, principalmente com a centralidade adquirida pelos direitos da pessoa humana, do que é exemplo a nossa Constituição Cidadã, o Direito não pode ficar alheio a essas transformações sob pena de ficar anacrônico e perder a capacidade de atender aos anseios da sociedade.

Por último o trabalho apresentará a sua conclusão e as referências bibliográficas, que serviram como fonte de pesquisa.

1 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1.1 O Paradigmático caso do Recurso Especial Nº 706.987 - SP

No mês de maio de 2008, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 706.987, originário do Estado de São Paulo que discutia sobre a mitigação do princípio da coisa julgada e a possibilidade de reapreciação de uma nova ação de investigação de paternidade, tendo em vista que com o advento do exame de DNA, poderia se ter a certeza quase absoluta da vinculação biológica entre os autores e o réu.¹

De acordo com o voto proferido pelo ministro Jorge Scartezzini no Recurso Especial, retrocitado, a primeira lide investigatória, proposta por dois irmãos gêmeos foi julgada em 11 de maio de 1970, tendo o juiz *a quo* proferido sentença julgando improcedente o pedido, com fundamento na "*exceptio plurium concubentium*", concluindo pela impossibilidade de asserção da paternidade dada a insuficiência da prova testemunhal, tendo em vista que a mãe dos investigantes não conseguiu comprovar o relacionamento íntimo com o investigado e ainda não ter sido a mesma considerada mulher honesta, no tocante ao seu comportamento sexual, além do exame hematológico realizado à época (sistema ABO, MN e Rh), que excluiu a paternidade em relação a um dos irmãos, tendo o laudo pericial afirmado que um dos gêmeos não poderia ser filho do investigando e que, em relação ao outro irmão, o perito sustentou que não existia prova para se excluir a paternidade, entretanto, o

¹ STJ, 4ª T., Resp nº 706.987-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.02.2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

juiz monocrático afirmou que os autores eram gêmeos univitelinos e que, se o réu não era pai de um deles não poderia sê-lo do outro².

Por acasão da propositura da primeira lide investigatória o exame do DNA, considerado atualmente como o meio mais eficaz para comprovação da paternidade biológica, ainda não era utilizado como instrumento probatório nas ações que buscam comprovar o estado de filiação e, portanto, a decisão se fundamentou em provas testemunhais, já que os exames hematológicos se limitavam a excluir a paternidade consanguínea.³

Em agosto de 2001, passados mais de trinta anos após o julgamento da primeira ação, ou seja, muito tempo depois do trânsito em julgado da sentença, os sobreditos irmãos ajuizaram um novo pedido investigatório, sob a alegação de que na década de sessenta ainda não existia a técnica de exame pericial pelo DNA, que permitiria a certeza quase absoluta (99,99%) na constatação da relação de parentesco entre os investigados, tendo o Juiz monocrático, nessa nova lide, proferido decisão determinando a designação de audiência de tentativa de conciliação e a realização de exame de DNA⁴.

Conforme consta do Julgado em comento, inconformado com a decisão citada no parágrafo anterior, o réu (suposto pai) interpôs o recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja decisão denegou o pedido, com a seguinte ementa:

Agravo de Instrumento – Ação de investigação de paternidade. – Rejeição de preliminar de coisa julgada material – Anterior ação de investigação de paternidade julgada improcedente, com base em prova testemunhal e pericial – Prova pericial, pelo sistema MN, que não excluía a paternidade – Avanço da ciência, nos últimos anos, que desvendou a cadeia do DNA humano, permitindo exame, para a determinação ou exclusão da paternidade biológica, com certeza absoluta – Direito dos autores de conhecerem a própria origem, garantido pela Constituição Federal – Direito natural e interesse individual dos autores que se sobrepõem à coisa julgada material – Inteligência dos arts. 1.º, III, e 5.º, XXXVI, da Constituição Federal; do art. 5.º, da LICC, e dos arts. 467/472, do Código de Processo Civil – Recurso não provido.⁵

O acórdão supracitado foi confirmado em sede de agravo regimental.

² STJ, 4ª T., Resp nº 706.987-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.02.2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009

³ Ibidem

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

Diante das novas decisões proferidas, o investigado interpôs Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, requerendo a improcedência da segunda investigatória proposta, sob a alegação de violação aos artigos 6.º da Lei de Introdução do Código Civil - LICC e 467, do CPC, em face da existência de coisa julgada a respeito do pedido de reconhecimento de paternidade dos recorridos pelo recorrente, decorrente de ação proposta pelos recorridos em 1969, cujo pedido foi julgado improcedente e também sob a alegação de dissídio jurisprudencial com julgado de outros tribunais do país, inclusive do próprio STJ, que não permitiram a rediscussão da investigação de paternidade.⁶

O julgamento do Recurso Especial coube à Segunda Seção do STJ, tendo o eminente Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros votado no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar extinta a ação de investigação de paternidade, entendimento esse que foi acompanhado pelos Ministros César Asfor Rocha, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Em sentido contrário, isto é, negando provimento ao recurso votaram os Ministros Jorge Scartezzini, Nancy Andrichi, Castro Filho e Massani Yueda.

Diante do empate dos votos proferidos, isto é, quatro votos pela procedência do recurso especial e extinção da nova lide proposta pelos irmãos e quatro no sentido contrário, coube ao então presidente do STJ, à época, Ministro Aldir Passarinho Júnior, o voto de desempate, que acompanhando o voto do Ministro relator, Humberto Gomes de Barros, deu provimento ao recurso especial, para extinguir a nova lide investigatória.

A dissonância dos votos proferidos pelos referidos ministros foi basicamente no sentido da consistência das provas produzidas por ocasião da ação investigatória primitiva, já que o STJ vem firmando entendimento que nas ações que versem sobre o estado de filiação, cuja sentença pela improcedência do pedido for lastreada na insuficiência de provas é possível flexibilizar a coisa julgada.

Alguns ministros consideraram que as provas foram exaustivas, posto que a prova testemunhal apurou que a mãe não era mulher honesta, em relação ao seu comportamento sexual e que também não conseguiu comprovar o relacionamento íntimo com o réu, suposto pai e, quanto ao exame pericial, restou afastada a possibilidade de o investigado ser pai de um dos gêmeos, nesse entendimento eles

⁶ STJ, 4ª T., Resp nº 706.987-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.02.2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009

consideraram que não há hierarquia entre os meios de prova e que a validade do processo ou a eficácia da sentença não podem ficar condicionadas à produção de uma determinada prova.

Em sentido contrário, outros ministros consideraram que as provas produzidas na primeira ação investigatória, não foram capazes de comprovar a consangüinidade entre as partes litigantes e, portanto, uma segunda ação nesse sentido, movida após a introdução do exame de DNA, trará a certeza absoluta sobre a paternidade biológica dos autores, admitindo a desconstituição da coisa julgada, princípio considerado como ícone da segurança jurídica; mormente nos casos que versem sobre o estado de filiação, tendo em vista que nessas hipóteses se instaura um conflito de direitos fundamentais, quer seja o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o da segurança jurídica.

1.2 Votos favoráveis ao Recurso Especial nº 706.987-SP, interposto pelo Investigado, julgando extinta a nova lide investigatória, em face da coisa julgada:

1.2.1 - Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – Relator.

Faz coisa julgada, imune à revisão, a sentença que, assentada em provas, cuja segurança é inda hoje reconhecida, negou em caráter absoluto a paternidade.

O voto do ministro relator deu provimento ao recurso especial para julgar extinta, sem exame de mérito, a nova ação investigatória, por entender que no caso, a primeira ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente com análise de mérito, por ter o suposto pai provado a impossibilidade de ser pai dos gêmeos.

Embora admita rediscutir a lide investigatória quando a primeira ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, em época em que não era disponível o exame de DNA para esse fim, cuja decisão anterior não tenha afastado a paternidade, o referido ministro restringe essa possibilidade ao decurso do lapso

temporal para a propositura da ação rescisória, isto é, a nova ação deve ser proposta no período de até dois anos após o trânsito da decisão proferida na primeira lide.

A possibilidade de reiterar-se o pedido de investigação tem como limite a coisa julgada. De fato, quando, em ação anterior, a paternidade do investigado não foi declarada à míngua de provas, é possível reabrir a discussão em novo processo. A possibilidade dessa nova ação manifesta-se quando, à época do ajuizamento da ação primitiva, o exame de DNA ainda não era disponível e a sentença passada em julgado não afastara peremptoriamente a paternidade.

De acordo com o ministro relator no entendimento dos julgadores da primeira ação investigatória a prova produzida afastou categoricamente a paternidade do suposto pai, isso porque a prova do sistema MN embora não sirva para afirmar a paternidade, permite excluí-la com absoluta segurança, uma vez que o perito àquela época, afirmou em seu laudo que o autor não era filho do réu, não deixando margem a dúvidas, tendo a sentença de improcedência efetuado declaração negativa de paternidade, considerando provado que o réu não era pai dos autores e que tal declaração somente poderia ser enfrentada por meio de ação rescisória.

1.2.2 - Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA:

O ministro César Asfor Rocha acompanhou o voto do relator, dando provimento ao recurso do investigado, por entender que o caso em comento ofende o princípio da coisa julgada, uma vez que não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 363 do Código Civil brasileiro, isto é, a fundamentação da lide anterior é a mesma apresentada na nova lide proposta pelos irmãos gêmeos, ambas tem a mesma causa de pedir, sendo que o único diferencial entre elas é o pedido de utilização da técnica do DNA no exame hematológico.

O ministro ressalta que de acordo com a legislação civil brasileira o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor ação de investigação de paternidade, sendo que o julgamento pela improcedência do primeiro pedido não

obsta que se proponha uma nova lide que tenha como causa de pedir fundamento diferente da lide proposta anteriormente, porque se trata de dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.

*Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil, o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor ação de investigação de paternidade. O fato de ter sido julgado improcedente a primeira ação de investigação de paternidade, que teve como causa de pedir a existência de concubinato ao tempo da concepção da investigante, só por ter sido afastado o concubinato, não impede o ajuizamento da segunda demanda, com outra **causa petendi**, qual seja, a existência de raptó consensual. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.*

O eminente ministro reconhece que a busca pelo conhecimento da origem de uma pessoa é um direito fundamental, que deve ser protegido, mas que se confronta com um outro princípio, que é o princípio da coisa julgada e que, se todas as vezes em que houver, em qualquer ramo da atividade humana, um avanço tecnológico pelo qual se possa aferir o que estava sendo perquirido em uma determinada demanda na qual não se tenha obtido sucesso, o princípio da coisa julgada, que tem por finalidade estabelecer a segurança jurídica e pacificar as relações sociais estaria sendo fragilizado, afirma em seu voto que:

O instituto da coisa julgada não pode ser fragilizado pelas inovações tecnológicas, sob pena de se por em risco a segurança jurídica e a paz das relações sociais.

não podemos exagerar na crença desses métodos científicos que são anunciados como verdades absolutas, porque, muitas vezes, depois são descredenciados por outros avanços científicos. E é muito bom que seja assim, porque é exatamente por sua insatisfação para com as conquistas tecnológicas alcançadas que o homem se volta a novos avanços.

1.2.3 - Ministro ARI PARGENDLER

O ministro ARI PARGENDLER, votou com o relator, dando provimento ao recurso porque não admite, sob hipótese alguma, a desconstituição da coisa julgada, a não ser por meio de Ação Rescisória, alertando em seu voto sobre a

insegurança jurídica que se instauraria caso o investigado no caso em comento, já tivesse falecido e que os bens tivessem sido distribuídos entre os herdeiros:

Sr. Presidente, *data venia*, em hipótese alguma admito que a coisa julgada possa ser desconstituída, a não ser pela ação rescisória.

Este é um exemplo muito eloqüente. A ação é de 1969. Admitamos que o investigado já tivesse falecido e que os bens tivessem sido distribuídos entre os herdeiros. Quais seriam as conseqüências se esse recurso especial fosse denegado? Instaurar-se-ia insegurança jurídica. Imaginem revirar um, dois, três inventários, perseguir direitos que já estão nas mãos de terceiros.

1.2.4 - Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

O ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO votou com o relator, dando provimento ao recurso especial para julgar extinta a ação de investigação de paternidade, sem análise do mérito, por não admitir a flexibilização da coisa julgada, a não ser por meio da ação rescisória. Para ele, no caso em análise, houve o esgotamento dos meios probatórios quando do julgamento da primeira ação investigatória, uma vez que os investigadores se utilizaram do exame hematológico disponível na época e o julgamento pela improcedência do pedido se deu em função das provas produzidas.

Em seu entendimento, na nova ação proposta, os investigadores querem na verdade, refazer uma mesma prova por métodos diferentes, sendo o fundamento jurídico dessa nova lide exatamente o mesmo da primitiva. Ele também alerta sobre a falibilidade do exame de DNA, por entender que a técnica do DNA é uma coisa, a realização do exame outra completamente diferente e ainda sobre o empobrecimento da vivência familiar, nos casos de desqualificação da paternidade afetiva após transcorrido o tempo de convivência, se buscasse investigar a paternidade biológica:

Nessa medida, este caso é emblemático, porque vamos autorizar uma ação com um mesmo fundamento para refazer uma prova, quando a prova disponível já existia, na oportunidade em que correu a ação. E agregaria ainda, um outro, que, em matéria de investigação de paternidade - e estamos vivenciando alguns exemplos, pelo menos na sociedade contemporânea, vale muito, hoje, até pela disciplina positiva, a paternidade

afetiva e, uma vez reconhecida essa paternidade, com o curso do tempo, desqualificá-la, significa criar um empobrecimento da própria vivência familiar.

1.2.5 - VOTO DE DESEMPATE - Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

O ministro Aldir Passarinho Júnior acompanhou o voto do Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, por considerar que a coisa julgada se formou, tendo em vista que as provas admitidas na ação primitiva foram produzidas dentro dos padrões considerados regulares e aceitáveis para a época e como tal, só poderia ser desconstituída mediante ação rescisória, proposta no prazo legal, o que não foi feito.

Para ele, decorrido o prazo de dois anos após a formação da coisa julgada, esta se torna imutável, ficando consolidadas as situações do ponto de vista pessoal, familiar, social e econômico, instaurando-se a ordem jurídica definitiva, que regulará essas relações, sem vícios ou fraudes, e de forma isonômica para ambas as partes. Em assim sendo, a justiça foi feita dentro da mais absoluta constitucionalidade e legalidade. Ele não descarta a possibilidade da existência de falhas na prestação jurisdicional, mas considera que no caso em comento, o que se perquire não é a correção de uma falha e sim a rediscussão de um direito que já foi apreciado e afastado, como tantos outros casos em que isso ocorreu, ao longo de todo o período em que não se fazia o exame de DNA.

O sobredito ministro ressalta que se em todas as vezes em que houver uma nova descoberta científica ou uma nova técnica for instaurada, todas as decisões teriam que ser revistas, acarretando numa eternização do processo, com amplas consequências sobre investigantes, investigado, descendentes, parentes, cônjuges, etc, que amparados por uma ordem jurídica estabilizada pela coisa julgada, há muito seguiram seus caminhos.

De acordo com o ministro Aldir Passarinho Júnior é impossível afastar-se o interesse público existente na segurança jurídica, em benefício do interesse particular, ainda que seja este relevante, pois não nega a sua relevância, mas não o considera preponderante.

1.3 Votos que negaram seguimento ao Recurso Especial, admitindo a flexibilizando a coisa julgada.

1.3.1 - Ministro JORGE SCARTEZZINI

O ministro Jorge Scartezzini negou provimento ao Recurso Especial, para dar seguimento à nova lide proposta pelos investigantes, afastando a formação de coisa julgada em relação à lide primitiva, face as peculiaridades verificadas no caso em comento.

Para o referido ministro, a coisa julgada material, ou, a “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (art. 467 do CPC), não admite descon sideração, pura e simplesmente, representando, em princípio, ante a segurança dos atos jurisdicionais, óbice ao reexame de matéria julgada por sentença transitada em julgado, enfatizando em seu voto, que a "relativização da coisa julgada", não encontra franco acolhimento na Corte Uniformizadora do STJ, notadamente ante a consideração da coisa julgada material como corolário do princípio da segurança jurídica, porém, considerou que no caso em comento, a sentença proferida quando da propositura da primeira ação investigatória, não tornou imutável efeitos por ela produzidos, por que amparada em gritante injustiça, o que é grave e inaceitável.

Ele assinala a que a expressão "coisa julgada inconstitucional" é equivocada, tendo em vista que somente a própria decisão jurisdicional é inconstitucional e não a sua imutabilidade ou de seus efeitos. Colacionando extenso parecer doutrinário sobre o assunto, o ministro aponta alternativas processuais à revisão de temas que, por suas peculiaridades, justifiquem ampliar o campo de mitigação do alcance da coisa julgada material, em especial, as ações de investigação de paternidade, lides essas que versam sobre o estado de filiação, que considera ser este um direito constituído de manifesto interesse público e essencial

ao ser humano, genuíno princípio da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil e, portanto, como ressaltou é irrenunciável, imprescritível, inegociável, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível e indisponível.

Transcrevendo, trecho de um artigo escrito por *Ovídio A. Baptista da Silva*, o ministro Scartezinni lembra que:

a primeira manifestação potente e autorizada, a defender a revisão da 'carga imperativa da coisa julgada', foi a de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ilustre magistrado do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que a coisa julgada não deve servir para o cometimento de injustiças' ma sim pressupor a verdade, a certeza e a justiça. 'O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos'. Sustentado nesses pressupostos, entende o Ministro DELGADO que os 'efeitos da sentença' que transitou em julgado 'devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo' (p. 17). A idéia vem melhor explicada nesta proposição: 'as teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar os princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito'.

Ainda de acordo com o sobredito doutrinador a solução preconizada pelo magistrado teve rápida ressonância na doutrina brasileira, cabendo registrar, pelo menos, duas vozes que a secundaram, a de Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco

Para o ministro Jorge Scartezinni em nossa doutrina se formaram duas correntes que buscam diminuir o alcance da coisa julgada material, possibilitando a reapreciação da questão pelo Judiciário: a defendida por Cândido Rangel Dinamarco, que nega a existência da própria *res iudicata*, independente da preclusão das vias procedimentais passíveis de manejo para reexame da matéria no mesmo processo e a defendida por Humberto Theodoro Júnior, *que* nega a imutabilidade da decisão de mérito, ou seja, admite que mesmo tendo se formado a coisa julgada material, esta pode ser desconsiderada em face da gravidade do vício que a macula.

O referido ministro considera que em linhas gerais, os adeptos de ambas as correntes, com o intuito de possibilitar a reapreciação de questão acobertada pelo

manto da coisa julgada, utilizam-se em menor ou maior grau, dos seguintes argumentos:

Apesar de figurar como um direito individual fundamental (art. 5º, XXXVI, da CF/88), a imutabilidade dos efeitos das decisões judiciais de mérito não é um direito absoluto uma vez que o próprio ordenamento jurídico pátrio o previu como garantia relativa, permitindo exceções nas hipóteses da Ação Rescisória (art. 485 do CPC), da Revisão Criminal (art. 621 do CPP) e, ainda, nos casos de Execução contra a Fazenda Pública (art. 741, II, e parágrafo único, do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 11.232/2005), que prevê a desconsideração do título executivo judicial quando este for fundamentado em lei ou ato normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal;

Aplicação do princípio da proporcionalidade na hipótese de conflito entre direitos fundamentais havidos entre a segurança jurídica representada pela coisa julgada material e o direito da dignidade da pessoa humana, nas ações relativas ao estado de filiação, reputando-se insuficiente a prova da paternidade biológica não efetivada pelo exame de DNA, considerado atualmente como o único meio eficaz à demonstração da paternidade.

E ainda, um último argumento que se baseia na interpretação teleológica da norma prevista no art. 5º da LICC, que autoriza ao julgador aplicar a lei, observando os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Nesse sentido, o ministro aduz que o Direito como ciência essencialmente dinâmica, tem que se adequar às inovações havidas na sociedade quer sejam no campo social, cultural, científico ou tecnológico, sob pena de tornar anacrônico e não alcançar os ideais de justiça do povo, perdendo a sua própria razão de existir.

O ministro Jorge Scartezini ressalta que a mitigação da coisa julgada é uma tendência precipuamente secundária no Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência nesse sentido, ampara-se na negativa da existência da própria *res iudicata*, entendida esta como a imutabilidade dos efeitos substanciais da decisão de mérito, baseada notadamente na insuficiência de provas, sendo que nas ações relativas ao estado de filiação, nas quais os julgamentos pela improcedência do pedido não tenham excluído a paternidade, não torna os seus efeitos imutáveis,

notadamente nos casos em que a prova não foi efetivada pelo exame de DNA, que estarão sempre marcados pela insuficiência de prova.

Ele menciona também sobre a necessidade de modernização e melhor utilidade social e política do processo, aduzindo que, em sua dimensão instrumental, (*princípio da instrumentalidade*), o processo só tem sentido quando for instrumento de adequação do Direito à realidade social, científica e tecnológica, quando o julgamento estiver em consonância com os ideais de justiça do grupo social no qual for proferido, ficando autorizado, nesse sentido, a mitigação do princípio da segurança jurídica, sob pena de se instaurar situação de absoluta instabilidade social.

Por fim, o ministro Scartezini considerou que a improcedência da primeira lide proposta pelos irmãos gêmeos, padece da insuficiência dos meios probatórios utilizados à época, tendo em vista que a sentença prolatada na primeira demanda concluiu pela impossibilidade de asserção da paternidade dada a insuficiência da prova testemunhal, e, por outro lado, com relação à prova pericial, o exame hematológico (sistema MN), afastou a filiação no tocante a um dos gêmeos, sem que se tenha realizado o exame no outro. Dessa forma, em não ficando constatada a suficiência cabal da contraprova produzida, na primeira lide investigatória, torna-se imperioso a aplicação análoga à solução dada por ocasião do julgamento do REsp nº 226.436/PR, no sentido da inexistência de real decisão meritória, isto é, inexistência de coisa julgada material, que possa obstar o conhecimento de nova investigatória:

1.3.2 – Voto da ministra NANCY ANDRIGHI

A ministra Nancy Andrigli conheceu do recurso especial, mas negou-lhe seguimento, por entender impróprias as alegações apresentadas pelo recorrente nos seguintes aspectos:

Em seu entendimento é incabível a interposição de recurso especial com fundamento em violação ao artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, por ser

esse dispositivo apenas uma repetição de preceito constitucional, previsto no artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, o que torna a matéria discutida de natureza constitucional, cuja apreciação compete ao Supremo tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. Isto porque, segundo afirma, quando o conteúdo da norma legal é o mesmo da constitucional, tem-se como contrariada esta e não aquela;

Quanto à violação do art. 467, do CPC, a ministra se pronunciou no sentido de que o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada não é absoluto, e dessa forma, pode ser flexibilizado quando se chocar com outros direitos ou princípios fundamentais de igual ou superior importância hierárquica, admitindo a relativização da coisa julgada somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais, quando então o julgador deverá fazer uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior;

Quanto à divergência jurisprudencial alegada pelo recorrente, ela entendeu que o mesmo se limitou a transcrever ementas de julgados paradigmas, sem, no entanto, fazer a necessária confrontação entre eles, com o objetivo de demonstrar a semelhança fática entre os mesmos e o efetivo dissenso, nos moldes dos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ. Isso porque, segundo ela, a alegada divergência de jurisprudência não é susceptível de se caracterizar, pois seria necessário, como pressuposto para auferir a contraposição dos arestos trazidos como paradigmas, fosse desenvolvida argumentação suficiente a demonstrar a identidade das circunstâncias e a similitude dos casos concretos, o que não foi feito pelo recorrente, em dissonância com os requisitos do artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Para a referida ministra, o direito de descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o patronímico do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada, mesmo nas hipóteses de existência de coisa julgada. Quando se tratar de reconhecimento da paternidade, é possível a reabertura dessa discussão, em face dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, tendo em vista a colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI)

e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), devendo este prevalecer sempre, do contrário, segundo afirma, seria inconstitucional, tendo em vista a prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Em seu entendimento, é dever do Poder Judiciário promover a valorização da dignidade da pessoa humana, em respeito à Constituição Federal, sendo fundamental para que esse objetivo seja alcançado que se deixe de lado as arcaicas formalidades processuais, e se utilize as provas disponíveis com o avanço da ciência, reveladoras que são da tão aspirada verdade real.

1.3.3. Voto do ministro CASTRO FILHO:

Embora seja um defensor da intangibilidade da coisa julgada, o ministro Castro Filho negou provimento ao recurso especial em virtude das particularidades verificadas no caso em comento e ainda, por considerar que para que a ciência do Direito possa continuar como eficaz regulador dos fatos que geram os bens da vida, não poderá se manter inerte diante das mutações impostas pelo progresso, a exemplo das demais ciências, mesmo as mais exatas.

O referido ministro ressalta que de acordo com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito de filiação é indisponível e imprescritível, configurando-se, entre os direitos da personalidade, o de maior relevância. Daí o manifesto interesse público na matéria. Nesses casos, afirma,

a doutrina e jurisprudência acertadamente 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, nem atendem às exigências da modernidade.

Para o ilustre ministro, a particularidade do caso em análise reside no fato de que não se enquadrar o mesmo na improcedência do primeiro pedido por insuficiência de provas, o que, de acordo com o posicionamento do STJ, nos casos de investigação de paternidade cria a possibilidade de reabertura da discussão sobre o caso, flexibilizando-se a coisa julgada, a teor das considerações feitas pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do REsp

226.436/PR, onde ficou assentado que não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade lastreada na insuficiência de provas do vínculo biológico.

De acordo com o Ministro Castro Filho, consta dos autos uma ponderação feita pelo professor doutor da UNICAMP, Walter Pinto Júnior, especialista em medicina genética, quanto à precariedade da perícia realizada à época da propositura da 1ª lide investigatória, na qual, ele afirma ter ficado bastante impressionado ao analisar o laudo primitivo, "principalmente pelas provas incompletas e pelas conclusões errôneas emitidas pelos que nesse processo atuaram". Isso porque, segundo ele, houve erro, quanto à tipagem sanguínea considerada para a mãe dos autores, que não é MN, como considerou o laudo, mas NN, para então concluir que "*não se pode admitir uma imperícia ou negligência numa tipagem sanguínea que vai definir a vida de quatro pessoas*".

1.3.4 Voto do Ministro MASSAMI YUEDA

Acompanhando as fundamentações apresentadas pela ministra Nancy Andrichi quanto à incompetência do STJ para julgamento de Recurso Especial que verse sobre conflito entre direitos fundamentais e ainda, as apresentadas pelo ministro Castro Filho em relação à relevância do direito de personalidade, por ser o mesmo de maior importância dentre todos, inclusive o entendimento firmado no do REsp 226.436/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o ministro Massami Yueda negou seguimento ao Recurso Especial, interposto pelo investigado

De acordo com o ministro Massamy Yueda, A sentença primitiva, embora transitada em julgado, não se tornou imutável, uma vez que os julgados anteriores se basearam no fator honestidade da mãe dos recorridos e na incerteza das provas testemunhal e pericial, não emitindo certeza quanto à parentalidade consanguínea entre as partes.

Assim, no caso sob comento, não obstante a sentença tenha transitado em julgado, percebe-se que efetivamente certeza não há na existência, ou não, de parentesco entre as partes que possa justificar a imutabilidade da sentença proferida.

Outro fator que influenciou no voto do ministro foi o parecer emitido pelo Centro Médico Especializado da UNICAMP, sobre a remota possibilidade de fecundação por diferentes pais quando se tratar de gêmeos fraternos (dizigóticos ou bivitelinos), isto é, nascidos a partir de dois óvulos, o que foi totalmente desconsiderado pelo juiz monocrático, que julgou improcedente a primeira ação de investigação de paternidade, assinalando o seguinte:

É verdade que, com referência ao menor P. V. C. A., segundo se desume do laudo de fls. não se excluiu a paternidade e também não há como afirmá-la. Entretanto, os autores são gêmeos. Quer sejam univitelinos ou bivitelinos (fraternos) - é óbvio que se o réu não é pai de Pedro - não poderia sê-lo de Paulo...

Quanto ao instituto da coisa julgada, o Ministro Massamy Yueda ressalta que esse é um fenômeno necessário à estabilidade das relações sociais em virtude da necessidade da segurança das decisões judiciais, porém, considera que o direito de

personalidade tem maior relevância dentre todos, e ainda, ratificando, nesses termos, o voto do ministro Castro Filho, lembra que o STJ tem se posicionado majoritariamente, no sentido de relativizar a coisa julgada nos casos que versem sobre a investigação de paternidade, esse posicionamento segundo o ministro, está refletido no julgamento do REsp 226.436/SP, com relatório do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

2 A COISA JULGADA

2.1. Conceito

O termo coisa julgada deriva da expressão latina *res judicata*, que significa bem julgado, sua função é evitar a eternização do processo, pondo fim ao litígio, garantindo a autoridade da atuação jurisdicional do Estado e assim desenvolver as relações sociais de modo pacífico e mais seguro.⁷

A locução coisa julgada é utilizada pela doutrina e jurisprudência pátrias, sob as mais variadas denominações, tais como coisa julgada, *res judicata*, coisa julgada material, coisa julgada substancial, autoridade da coisa julgada, autoridade da coisa julgada material, coisa julgada formal e trânsito em julgado.⁸

As cinco primeiras expressões mencionadas no parágrafo anterior traduzem a qualidade de imutabilidade do conteúdo e dos efeitos de uma decisão judicial de mérito, após decorrido o lapso temporal para interposição de qualquer dos recursos admitidos em nosso ordenamento jurídico. A coisa julgada formal e o trânsito em julgado têm significados próprios.⁹

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro define a coisa julgada ou caso julgado como a decisão judicial da qual já não caiba recurso (art. 6º, § 3º).

O professor Ovídio Baptista da Silva define a *res iudicata* como sendo:

A virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.20/21.

⁸ KLIPPEL, Rodrigo. A Coisa Julgada e sua Impugnação. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p.19.

⁹ Ibidem, p. 20

subseqüente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a lei no caso concreto.¹⁰

Para Enrico Tullio Liebman a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença, distinguindo eficácia e autoridade da coisa julgada, no sentido de que a eficácia natural da sentença, isto é, a produção de efeitos jurídicos e sociais que resultam da decisão judicial, é *erga omnes* enquanto que a autoridade da coisa julgada, que é a impossibilidade de se discutir novamente o conteúdo e os efeitos jurídicos da sentença, se restringe às partes do processo.¹¹

2.2. Tipos de Coisa Julgada:

2.2.1. Coisa Julgada Material

De acordo com o artigo 467 do Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Aqui cumpre ressaltar que o Código limitou-se a definir a coisa julgada material, nada declarando a respeito da formal.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada material transcende a vida do processo e atinge a vida das pessoas de uma forma a tornar intangíveis as relações jurídicas criadas ou declaradas pela decisão de mérito proferida nos autos:

É a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate exclusivamente de sentença meramente declaratória, constitutiva ou mandamental, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que não couber recurso algum se instituiu entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. (...) este (...) este **status**, que transcende a vida do processo e atinge a vida das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das relações

¹⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 480

¹¹ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54

jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença.¹²

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam a coisa julgada material como sendo “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária do CPC 475.”¹³

Alguns requisitos são apontados ainda, para que determinado provimento esteja apto a adquirir a qualidade da coisa julgada: tem que ser proferido por órgão jurisdicional; versar sobre o mérito da causa, analisado em cognição exauriente e que tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal) pelo esgotamento das vias recursais ou pelo não uso delas.¹⁴

2.2.2. Coisa Julgada Formal

A coisa julgada formal se traduz na imutabilidade da decisão proferida no processo por não caber mais recurso neste, ou pelo decurso de prazo.¹⁵

Para Barbosa Moreira, a coisa julgada formal ocorre quando a sentença se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida, isto é, quando não haja impedimento para que uma nova decisão seja proferida nos autos de uma nova lide com o mesmo objeto daquela proposta anteriormente.¹⁶

Humberto Theodoro Júnior assim a define:

¹² DINAMARCO, Cândido José. **Instituições de Direito processual civil**. vol 3. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.p. 299-300.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.767.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, P. 84, in Fredie Didier Jr. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: Os regimes de formação da coisa julgada do direito processual civil brasileiro**. Disponível na Internet pelo site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 17/11/2009.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 595.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsói, 1971, p.142.

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 interposição¹⁷.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem a idéia de que há confusão na denominação da coisa julgada formal, sendo esta na verdade mera preclusão. Nas palavras do autor:

A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. Não é objeto da garantia constitucional da CF 5 XXXVI, que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material). (...) As sentenças proferidas com base no CPC 267 são atingidas somente pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito.¹⁸

Ou seja, a coisa julgada formal é uma proteção que atua nos limites do processo em que foi proferida a decisão, é o que a doutrina denomina de eficácia endoprocessual, isto é, uma vez ocorrido o trânsito em julgado não poderá mais haver modificações na estrutura da decisão proferida, é a imutabilidade da forma processual.

Já a coisa julgada material tem eficácia endo/extraprocessual, uma vez que atua também fora dos limites do processo em que a decisão foi proferida, é a qualidade da sentença de mérito, que transitou em julgado e que pode outorgar ao ato jurisdicional as características da imutabilidade e da indiscutibilidade. É mais abrangente, referindo-se às decisões de mérito, presentes no artigo 269 do Código de Processo Civil.¹⁹

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 595.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.p.767-768.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 479.

2.3. Limites da Coisa Julgada

2.3.1. Limites Objetivos

Os artigos 468 e 469 do CPC tratam dos limites objetivos da coisa julgada.

Diz o artigo 468:

A Sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

O artigo 469 do Código de Processo Civil determina que:

Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão judicial, decidida incidentemente no processo.

Segundo consta na obra de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Araújo Cintra, determinar os limites objetivos da coisa julgada consiste em responder quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da *res judicata*. Considerando que a sentença é constituída por três partes: relatório, motivação e dispositivo, afirmam os referidos processualistas que só tem aptidão para revestir-se da autoridade da coisa julgada o dispositivo da sentença que aprecie o mérito, a parte que contém a norma concreta ou o preceito enunciado pelo juiz. Os motivos, soluções dadas às questões lógicas ou prejudiciais, são excluídos do rol daquilo que faz coisa julgada²⁰

2.3.2. Limites subjetivos

²⁰CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 307.

Os limites subjetivos da coisa julgada determinam os sujeitos que serão atingidos pela autoridade da *res judicata*. Como regra, a coisa julgada tem como limite subjetivo as partes envolvidas no processo, de acordo com o artigo 472 do Código de Processo Civil, “A sentença faz coisa julgada às partes as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Porém, não se pode afirmar que essa limitação significa que o julgado possa ser simplesmente desprezado por terceiros. A autoridade da coisa julgada, isto é, sua imutabilidade, é que se restringe às partes do processo. Este fenômeno tem uma fundamentação de cunho político, já que quem não participou do processo, não teve direito ao contraditório e logo não pode ser prejudicado pelos efeitos da coisa julgada, quais sejam os da imutabilidade e da intangibilidade.²¹

Sobre este aspecto explicam Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Araújo Cintra que:

o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de índole política: quem não foi sujeito do contraditório, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*.²²

Embora a regra geral determine que a coisa julgada se limita, subjetivamente, às partes que participaram do contraditório, não se estendendo a terceiros, o próprio artigo 472, do CPC, traz exceção a essa regra, como por exemplo, as causas relacionadas a estado de pessoas, onde os limites subjetivos da coisa julgada se estendem a terceiros nas lides em que todos os interessados tenham sido citados para o processo.²³

A doutrina aponta um alargamento dessa exceção, indicando situações outras em que os limites subjetivos da coisa julgada alcançam terceiros e que, por esse motivo, estariam legitimados a propor ação rescisória, nos seguintes casos:²⁴

²¹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 309.

²² *Ibidem*, p. 310.

²³ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171.

²⁴ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47/48.

substituição processual, quando o legitimado extraordinário tutela alegado direito alheio e o titular não participa do contraditório, nesse caso, tanto o substituto quanto o substituído ficarão vinculados subjetivamente à coisa julgada;

legitimação processual concorrente, caso um dos sujeitos que estava legitimado a ajuizar o pedido, dele não tenha participado, também ficará impedido de rediscutir a lide em juízo;

sucessão causa *mortis*, ocorrida após o trânsito em julgado, caso em que o sucessor não poderá ser demandado em uma nova lide como o mesmo objeto para discutir o que já fora decidido anteriormente.

credores solidários nos casos de decisões favoráveis a estes, nos termos do artigo 274 do Código Civil e ainda,

decisões com efeito *erga omnes*, ou seja quando a decisão atingir a todas as pessoas, independentemente de terem participado do processo ou não.²⁵

Deduz-se então que a coisa julgada nunca submete todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantiveram algum vínculo com a causa, podem ser atingidos pela decisão.²⁶

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 490-491.

²⁶ *Ibidem*, p. 491.

3. SENTENÇAS QUE NÃO TRANSITAM EM JULGADO

Em processo civil, a doutrina é uníssona em afirmar que as sentenças eivadas de vícios relativos à formação jurídica do processo não têm aptidão para transitar em julgado, bem como as proferidas nos autos em que réu não tenha sido efetivamente citado (nulidade ou falta de citação).²⁷

Também são apontadas pela doutrina, dentre as sentenças que não fazem coisa julgada, as infra, ultra ou extra petita.²⁸

O professor Rodrigo Klippel ensina que as sentenças que não contenham, em seu bojo, a parte dispositiva, ou seja, a parte da sentença onde o magistrado, julgando procedente ou improcedente o pedido, declara a norma de direito material que vai regular o conflito de interesses em litígio ou o motivo pelo qual deixou de apreciar a lide também não transitam em julgado. Para ele essas sentenças ficam eivadas do vício de inexistência processual, por faltar-lhes o exercício da jurisdição, nesse caso jamais transitam em julgado, podendo a declaração de inexistência ser feita a qualquer tempo, por meio da *Querela Nullitatis*:²⁹

Se a jurisdição é, nos dizeres de Chiovenda, a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição da atividade das partes pela do juiz, e é no *dispositivo* que se encontra essa atuação, uma vez inexistente o dispositivo, inexistente o exercício da jurisdição.

São mencionadas também, no rol das sentenças que não fazem coisa julgada material as que ofendem a coisa julgada, as proferidas com violação à Constituição Federal e as relativas ao estado de pessoa.³⁰

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.27.

²⁸ *Ibidem*, p. 80

²⁹ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação**. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p.230.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 39 e 185

3.1. Sentenças Juridicamente Inexistentes:

De acordo com a doutrina o processo tem pressupostos de existência jurídica, a qual está vinculada a uma série de requisitos que se inexistentes, impedem a sua formação, nesse caso, não existe um processo e sim uma aparência de processo, ou seja, eles inexistem juridicamente, conseqüentemente, as sentenças de mérito neles proferidas também são inexistentes e jamais transitam em julgado, dessa forma, é incabível, até mesmo a propositura de Ação Rescisória, por faltar-lhes um dos pressupostos previstos no artigo 485, do CPC, que é o da sentença de mérito transitada em julgado.³¹

Dentre esses requisitos estão aqueles relativos à condição da ação, previstos no artigo 37 do CPC, fundados na doutrina de Liebman, ou seja, legitimidade das partes, interesse e possibilidade jurídica do pedido e os relacionados à definição do processo, isto é, o efetivo estabelecimento de sua relação triangular, consubstanciado no pedido, dirigido a um juiz natural, em desfavor de um réu efetivamente citado.³²

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a sentença que julga procedente o pedido formulado por autor que não tenha preenchido as condições da ação, é juridicamente inexistente, por considerar que, nesse caso, não há ação, tendo o autor na verdade, exercido o seu direito de petição, previsto na Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV. O que, para ela, seria diferente no caso do julgamento pela improcedência, fundado nesse mesmo motivo, pois assim, ocorrerá um fenômeno assimilável à coisa julgada, só se podendo propor nova ação, se corrigido o vício, não se podendo falar que se trata da mesma ação.³³

3.2. Sentenças infra petita:

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.31.

³² Ibidem, p. 30

³³ Ibidem, p.29.

As sentenças proferidas sem que o juiz tenha apreciado um dos pedidos formulados pelo autor são chamadas pela doutrina de sentenças *infra petita*, e com relação a esse item, não fazem coisa julgada, uma vez que padecem do vício de inexistência processual por falta do exercício da jurisdição, esse é o posicionamento adotado pela doutrina majoritária.

Para José Carlos Barbosa Moreira, a sentença que deixa de apreciar um dos pedidos formulados pelo autor, dita *infra petita*, é uma sentença inexistente por lhe faltar o decisório, ainda que se configure relação de dependência lógica entre um pedido e outro. Para esse processualista, o juiz deve pronunciar-se explicitamente sobre cada um dos pedidos formulados, não sendo admitida decisão implícita.³⁴

O professor Rodrigo Klippel assinala que para que a sentença não fique maculada pelo vício de inexistência jurídica, por falta do exercício da jurisdição, o juiz deve pronunciar-se sobre todas as questões colocadas pelo autor, inclusive sobre as verbas que devem ser impostas de ofício, como as custas processuais e honorários advocatícios, que na sua opinião, independem de pedido.³⁵

3.3. Sentenças ultra ou extra petita:

O pronunciamento judicial é delimitado pelos artigos 128 e 460 do CPC, que proíbem o magistrado de decidir o que não lhe foi pedido, quando a lei a esse respeito exigir iniciativa da parte, rezam os artigos 128.e 460, do CPC:

Art. 128: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

³⁴ MOREIRA, Barbosa José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsóí, 1971, p.142.

³⁵ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 231/232

Art. 460: è defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

As sentenças proferidas fora dos limites impostos pelas normas supracitadas são chamadas pela doutrina de sentença *ultra petita*, quando o juiz decide além do que lhe foi demandado, dando ao autor mais do que fora pleiteado; e *extra petita*, quando o magistrado decide causa diversa da que foi posta em juízo.³⁶

Com relação às chamadas sentenças *extra petita*, a doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas em afirmar que elas sofrem do vício de nulidade e como tal não fazem coisa julgada, enquanto que as sentenças *ultra petita* devem ser reduzidas aos limites do pedido e o que dele sobejar é tido como inexistente, por ferir o princípio do dispositivo.³⁷

A esse respeito, Teresa Arruda Alvim Wambier se pronuncia no sentido de que a nulidade das sentenças que decidem além do que foi pedido ou fora do pedido se reporta a um pressuposto processual de existência que é a petição inicial, segundo ela, se não há pedido não se concretiza a relação processual que o processo deveria estabelecer e, portanto, a sentença proferida nessas condições não transita em julgado, pois não corresponde a pedido algum, não tendo havido provocação da jurisdição, nem se estabelecido a relação processual.³⁸

3.4. Ofensa à Coisa Julgada:

Ocorre ofensa à coisa julgada quando há formação de um novo juízo sobre tema anteriormente decidido, desconsiderando decisão imutável sobre a qual opera a autoridade de coisa julgada. A sentença proferida nesses termos pode ser rescindida, conforme previsto no art. 485, inciso IV, do CPC, uma vez que o

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 577.

³⁷ A sentença “extra petita” é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo. O tribunal deve anulá-la (RSTJ 79/100, RT 502/169, JTA 37/44, 48/67, Bol. AASP 1.027/156, RP 6/326, em 185).

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, RT, 1998, p.32.

magistrado estava impedido de proferir nova decisão, segundo disposto no artigo 471 do mesmo código:

Art. 471: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – Em se tratando de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – Nos demais casos prescritos em lei.

A arguição da exceção de coisa julgada pode ser alegada pelas partes a qualquer tempo ou decretada de ofício pelo juiz, porém não argüida esta ou caso tenha sido a mesma rejeitada pelo magistrado, poderá surgir então um conflito de decisões ambíguas e, tendo decorrido o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, ambas ficam acobertadas pelo manto da coisa julgada, qual delas deverá prevalecer?³⁹

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a coisa julgada, quando houver sentença de mérito, é pressuposto processual negativo, sendo vedada a repropitura da ação ou rediscussão da matéria, alcançada pela coisa julgada material. De acordo com esses juristas, os pressupostos processuais são questões de ordem pública e como tal, o juiz tem o dever de examiná-los *ex officio* e a qualquer tempo e grau de jurisdição.⁴⁰

Humberto Teodoro Júnior sustenta que qualquer nova decisão envolvendo as mesmas partes violará a intangibilidade da coisa julgada, ainda que a nova decisão seja no mesmo sentido da anterior e será rescindível, tendo em vista o impedimento judicial já mencionado. Nas palavras do autor, “Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira.”⁴¹

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, o pronunciamento judicial sobre questões já decididas anteriormente, cuja decisão já fez coisa julgada é hipótese de inexistência jurídica, por ser o autor da segunda demanda carente de ação. Dessa forma, segundo afirmam os referidos

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 37.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.796.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.775.

processualistas, “não estando preenchidas as condições da ação, não pode o juiz decidir o mérito, sob pena de, fazendo-o, estar proferindo sentença juridicamente inexistente” e como tal, segundo eles, não tem aptidão para transitar em julgado, nada havendo a desconstituir-se, devendo a inexistência jurídica ser declarada por meio de ação não sujeita a lapso temporal.⁴²

Pontes de Miranda defende a prevalência da segunda coisa julgada quando a primeira sentença ainda não houver sido executada, segundo ele, se duas sentenças estiverem em contradição e a primeira não foi cumprida, a segunda pode ser cumprida, “porque a rescindibilidade não é óbice à execução, e nenhum poder têm os juízes para deixar de cumprir a sentença, que se lhes apresenta, por estar em contradição com outra sentença anterior. Tal cognição só lhes cabe no *iudicium rescindens*. Se foi a primeira que se levou à execução, passa-se o mesmo”.⁴³

Embora haja na doutrina quem defenda que deverá prevalecer a segunda coisa julgada, como acima demonstrado, a tese convincente é de que a primeira coisa julgada deverá subsistir em detrimento da segunda, por força do texto constitucional (art. 5º XXXVI, da CF) e do direito adquirido, além dos argumentos processuais (art. 471, caput, do CPC).⁴⁴

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.39.

⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**/Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alves – 2ª ed. – Campinas, SP: Editora Bookseller, 2003, p. 264.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.38.

4 IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA

O sistema jurídico brasileiro admite a impugnação da coisa julgada material através de institutos próprios, chamados pela doutrina de meios típicos, que são os meios previstos em lei, tais como: a Ação Rescisória; os Embargos com fundamento na falta ou nulidade de citação (art. 741, I e 475-L I, do CPC) ou fundados na declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade de ato ou lei em que se fundamentou o ato judicial ou que este tenha feito aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal (art. 741, parágrafo único e 475-L, parágrafo único, do CPC) e ainda é mencionado o Mandado de Segurança contra ato judicial não passível de recurso próprio ou correição.⁴⁵

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência majoritárias, com algumas restrições, vêm tecendo teses no sentido da desconstituição da coisa julgada material fora das hipóteses previstas na norma legal, quando a decisão judicial se mostrar injusta ou em desacordo com preceitos constitucionais, a essa forma de impugnação da *res judicata*, não prevista em lei, a doutrina denomina de meio atípico.⁴⁶

Dentre os meios típicos (previstos em lei) utilizados para impugnar a coisa julgada material ou a coisa julgada nula ou inexistente, retrocitados, o presente trabalho se aterá a uma breve análise da ação rescisória, no que tange ao seu manejo em relação às ações que versem sobre a investigação de paternidade biológica e à ação declaratória de inexistência jurídica, também conhecida como *Querela Nullitatis*, deixando de analisar os demais institutos (Embargos - artigos 741, I e 475-L, I e seus parágrafos únicos, do CPC) por impertinentes ao tema aqui enfocado.

Apesar de o Mandado de Segurança ser apontado como um dos meios para impugnar a coisa julgada, desde que o ato judicial a ser atacado não seja passível

⁴⁵ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 250/251.

⁴⁶ DIDIER, Fredie JR; BRAGA, Paulo Sarna e OLIVEIRA, Rafael, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2, Salvador 2007. Ed. Edições Podivm, pag. 504; KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.68.

de recurso ou correição, a teor do que dispõe o enunciado 267, do STF, o seu uso para esse fim, desperta pouco interesse para a doutrina pátria, tendo em vista que a *querella nulitatis* se mostra como um instrumento mais eficaz para impugnar atos judiciais eivados de vícios de nulidade ou inexistência jurídica, até porque o manejo desta, não fica sujeito a nenhum lapso temporal como será demonstrado no decorrer do presente estudo porém, a título de esclarecimento, transcreve-se abaixo dois julgados do STJ sobre a admissibilidade ou não do mandado de segurança para impugnação de ato judicial:⁴⁷

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL.IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE CONTIDA EM PROCESSO DE GUARDA DE MENOR. FALTA DE CITAÇÃO. EXAME. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL. DIREITO À INSCRIÇÃO. LEI LOCAL. CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I – A ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF, bem como a alegada incompetência da União para legislar sobre o direito à inclusão de segurado em previdência de Estado-Membro (art. 24, XII e § 1º, da CF), não podem ser objeto de exame em sede de recurso especial, porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte.

II - A irresignação do recorrente, no que tange à nulidade contida no processo de guarda de menor pela falta de citação do IPEC, não pode ser analisada por meio de mandado de segurança, que se presta tão-somente para “proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade” (art. 1º da Lei nº 1.533/51).

III – O exame do direito subjetivo à inscrição de menor sob guarda como dependente em instituto de previdência estadual, no que concerne à comprovação da dependência econômica do menor e o cumprimento das exigências previstas no art. 8º, § 2º, da Lei Estadual nº 10.776/82, demandaria o reexame de aplicação de lei local e do conjunto probatório, o que é inviável nesta via eleita, conforme enunciado das Súmulas nºs 07/STJ e 280/STF.

IV – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso especial não conhecido. (REsp. 401010, 5ª T.C. Rel. Ministro FELIX FISCHER - j. 18/11/2003, DJ 15/12/2003 p. 352

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA FALECIDA. CIENCIA DO AUTOR. INVALIDADE. AUTORIDADE DA COISA JULGADA. INEXISTENCIA. ARGUIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. NULIDADE "PLENO IURE". DOCTRINA. PRECEDENTE.

⁴⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 206.

HERDEIRO IMPETRANTE. LEGITIMAÇÃO. CABIMENTO DO "WRIT". RECURSO PROVIDO.

I - REQUERIDA A CITAÇÃO EDITALÍCIA DE REUS FALECIDOS, FATO CERTIFICADO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA, IMPÕE-SE RECONHECER A NULIDADE DO ATO CITATORIO E A NÃO-OCORRENCIA DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA.

II - AS NULIDADES DE PLENO DIREITO, QUE DECORREM DA FALTA DE REGULAR FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL, PODEM SER DEDUZIDAS A QUALQUER MOMENTO, MESMO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR HERDEIRO DOS FALECIDOS (RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA nº RMS 8865 / RJ - 1997/0060094-7, 4ª T.C. Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, J. 19/02/1998 – DJ 30/03/1998)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA MANDAMUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. SÚMULA 267/STF.

1. O mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo do recurso legalmente cabível, sendo medida excepcional e extrema, admissível somente em casos de ilegalidade ou abuso de poder por parte do prolator do ato processual impugnado.
2. Decisão teratológica é a decisão absurda, impossível juridicamente, não se enquadrando em tal categoria o decisum objeto do presente writ, uma vez que, conforme bem aponta o Ministério Público Federal, a decisão do relator que, monocraticamente, dá provimento a recurso não retira da parte a oportunidade de exercer o contraditório.
3. Havendo no ordenamento jurídico remédio específico destinado a impugnar a ação judicial contra o decisum do qual foi impetrado o writ, inadmissível a utilização dessa ação constitucional, como substituto do recurso cabível.
4. Recurso Ordinário não provido. (RMS 27365, 4ª T.C. Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS – J. 07/10/2008 - Dje de 28/10/2008)

4.1. Ação Rescisória.

A ação rescisória tem natureza jurídica de ação autônoma, manejada para impugnar a coisa julgada material, sua aplicação é regulamentada quanto à competência para seu julgamento por normas constitucionais (arts. 102, I, j; 105, I; 108, I, b e ADCT, art. 27, § 10) e quanto ao seu cabimento por normas infraconstitucionais (artigos 485 a 495, Código de Processo Civil), cujas hipóteses são de interpretação restritiva, sendo, de acordo com Humberto Theodoro Júnior,

impossível cogitar-se de analogia para criar-se novas hipóteses de ataque da *res judicata*.⁴⁸

José Carlos Barbosa Moreira define a ação rescisória como a “ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada.”⁴⁹

Para o processualista referido no parágrafo anterior, o objetivo da ação rescisória é a desconstituição de julgados de mérito, que se tornaram imutáveis pelo trânsito em julgado, podendo acarretar um novo pronunciamento judicial sobre o conflito de direito material. Seu manejo deve ser feito no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão, fundado nas hipóteses do artigo 485 do CPC, que, segundo ele, exaure as hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada, não sendo possível cogitar-se de outras quaisquer, nem mediante recurso à analogia.⁵⁰

Pontes de Miranda ensina que só é cabível ação rescisória de decisões trânsitas em julgado, sendo que as que não transitam em julgado são reformáveis, revogáveis ou retratáveis “não há ação rescisória de sentença que pode ser revogada ou reformada, porque a tal sentença falta coisa julgada formal”⁵¹

Para quem defende a impugnação ao princípio da coisa julgada, fora das previsões legais, sob argumento de que a coisa julgada não é um princípio constitucional absoluto, alega que a própria Constituição Federal traz exceção a essa garantia, quando prevê a sua desconstituição por meio de ação rescisória.⁵²

⁴⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 772.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.100.

⁵⁰ Ibidem, p. 154.

⁵¹ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI: arts. 476-495. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.138.

⁵² KLIPPEL, Rodrigo. A coisa julgada e sua impugnação, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64.

4.1.1 Possibilidade de realização do exame de DNA no curso da ação rescisória

A primeira questão colocada por Teresa Wambier e José Miguel Medina⁵³ é a possibilidade de realização do exame de DNA no curso da ação rescisória, o que para esses doutrinadores só seria possível com fundamento na falsidade da prova produzida na ação primitiva (art. 485, VI, do CPC), apurada em processo criminal, ou que seja provada na própria ação rescisória, vedada, para esse fim, a utilização do argumento de presunção de paternidade em virtude da recusa do réu de submeter-se ao mencionado exame, tendo em vista que essa presunção não é absoluta, de acordo com o julgado do STJ, por eles apontado:⁵⁴

Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai [...]. Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos (STJ, 4ª T., REsp 409285-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07.05.2002, DJU 26.08.2002, P. 241).

4.1.2 Possibilidade de manejo da ação rescisória com base em exame de DNA produzido após a sentença

A outra questão levantada por Teresa Wambier e José Miguel Medina é o ajuizamento de ação rescisória com base em exame de DNA produzido após a sentença proferida na ação primitiva, fundada na hipótese de documento novo, cuja

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 200.

⁵⁴ STJ, 4ª T., REsp 409285-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07.05.2002, DJU 26.08.2002, P. 241).

existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 485, VII).⁵⁵

A doutrina aponta uma dificuldade em decifrar o que o legislador quis fazer entender com a expressão documento novo, lançada no referido artigo, indagando sobre o motivo pelo qual o legislador pátrio optou pela palavra “documento”, nada mencionando sobre outros meios probatórios.⁵⁶

José Carlos Barbosa Moreira lembra que a comissão revisora chegou a sugerir a eliminação do dispositivo em comento, por temer os abusos a que ele pode dar ensejo, em detrimento da autoridade da coisa julgada.⁵⁷

Para o professor Rodrigo Klippel documento ou prova documental é toda representação ou registro que se faça de um ato ou de um fato jurídico, das mais variadas formas possíveis, enquadrando-se nesse conceito a fotografia, a gravação de voz, a gravação de imagem, o registro por meio eletrônico, folhas de papel nas quais se escreve ou declara algo (prova literal).⁵⁸

Nesse contexto, indaga-se se o exame de DNA não realizado à época do julgamento da primeira lide investigatória poderia ser considerado como documento novo para efeitos do artigo 485, VII do CPC.⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça considera que o exame de DNA produzido após a sentença pode ser tido como documento novo, a fim de autorizar a ação rescisória, posto que a prova já existia no interior da célula dos investigados muito antes da propositura da ação primitiva. Nesse caso, o exame é apenas uma declaração de situação pré-existente.⁶⁰

AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ-VERDADEIRO “STATUS PATER”. O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 201.

⁵⁶ Ibidem, p. 201.

⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 136.

⁵⁸ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.181.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 201.

⁶⁰ STJ, 2ª Seção, Resp nº 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.2004, DJU 06/09/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico. (Resp 300.084/GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, DJ 06.09.2004)

Teresa Wambier e José Miguel Medina asseguram que o documento, em si, se presta ao juízo de admissibilidade da ação rescisória, na verdade o que serve de fundamento para a rescisão da sentença é o fato declarado, atestado ou reproduzido no documento, “O documento, *per se*, servirá para a admissão da rescisória, mas para os juízos rescindente e rescisório, mais que isso, se deverá verificar se o fato reproduzido no documento é capaz de assegurar pronunciamento favorável ao autor.”⁶¹

Fazendo menção ao direito comparado, os referidos doutrinadores ressaltam que a possibilidade de se propor ação rescisória com base em exame pericial novo vem sendo adotada na doutrina e jurisprudência alemãs, conforme disposto na nova redação do art. 641-i, do CPC daquele país.⁶²

O professor Rodrigo Klippel⁶³ lembra que tanto a ignorância da existência do documento quanto à impossibilidade de utilizá-lo (um ou outro) devem ser provados nos autos da ação rescisória, não podendo, qualquer dessas possibilidades, decorrer de culpa daquele a quem a prova aproveita, citando como exemplo a hipótese de propositura de ação declaratória negatória de paternidade onde o autor se nega a submeter-se ao exame de DNA e o pedido é julgado improcedente, declarando-se a paternidade, não poderá o mesmo, posteriormente, manejar a ação rescisória para provar que não é pai biológico com base em documento novo.

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p.241.

⁶² *Ibidem*, p. 202.

⁶³ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação**. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p.183.

4.2 Querela Nullitatis

A ação declaratória de inexistência processual, chamada também de *querela nullitatis* ou *actio nullitatis*, é um dos meios de impugnação da coisa julgada, que tem como objetivo declarar a ocorrência de vício de inexistência jurídica ou a ineficácia de um ato decisório ou da relação processual inteira, após findo o processo cujo vício se alega.⁶⁴

A utilização da *querela nullitatis* vem sendo cada vez mais admitida pela doutrina e jurisprudência pátrias, chegando-se a afirmar que diversos instrumentos processuais adotados em nosso ordenamento jurídico, tais como os embargos à execução fundados no art. 741, I do CPC; a exceção de pré-executividade, o mandado de segurança contra ato judicial e, por meio do procedimento ordinário comum, a ação declaratória de inexistência, seriam hipóteses de cabimento da *querela nullitatis*, conforme leciona o professor Rodrigo Klippel.⁶⁵

De acordo com Teresa Wambier e José Miguel Medina a doutrina e a jurisprudência costumam chamar a ação declaratória de inexistência, utilizada para a correção de sentenças que não tem aptidão de transitar em julgado e, portanto não sujeita à limitação temporal, de *querela nullitatis* atribuindo-lhe o mesmo regime jurídico e adotando o nome romano, sem atentar que à época não se fazia diferença entre o nulo e o inexistente ou o sem efeito.⁶⁶

Para os doutrinadores referidos no parágrafo anterior, a chamada *querela nullitatis* não é figura harmônica com o nosso sistema processual vigente, uma vez que as nulidades das sentenças de mérito, segundo eles, são atacáveis por meio de ação rescisória, sendo que o único vício que foge a essa regra é a inexistência. Eles fazem um paralelo do instituto em comento com o artigo 741, parágrafo único do CPC, que se refere à inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, segundo eles, não se trata de coisa julgada a rescindir, mas sim de inexistência jurídica da sentença a ser declarada na decisão dos embargos, assim como ocorre na nulidade de citação, que consideram não se

⁶⁴ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação**. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p. 199.

⁶⁵ Ibidem, p. 203.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 239.

tratar de função rescindente dos embargos, mas sim de função declaratória, já que sem citação não há processo em sentido técnico.⁶⁷

Para o professor Fredie Didier Jr., a *querela nullitatis* é ação desconstitutiva que pode ser manejada após o decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória, que serve para impugnar decisão maculada por vícios transrescisórios, que subsistem quando a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação ou por ter sido esta defeituosa, diferenciando-se da ação rescisória por encontrar hipóteses de cabimento mais restritas e por ser imprescritível, não se sujeitando a qualquer prazo decadencial.⁶⁸

De acordo com o professor Rodrigo Klippel o manejo da *querela nullitatis* não representa propriamente uma forma de relativização ou desconstituição da coisa julgada, pois se trata de simples reconhecimento de situação pré-existente, por meio de sentença declaratória da inexistência ou ineficácia, de uma decisão ou da totalidade do processo, demonstrando a inexistência da pretensa coisa julgada, decorrente daquela decisão ou processo, que, dessa forma, tem sua existência totalmente excluída do mundo jurídico.⁶⁹

Ainda segundo o professor Klippel, em decorrência das vantagens oferecidas pela *querela nullitatis* em relação à ação rescisória, quais sejam, a inexistência de prazo extintivo das tutelas declaratórias, inexistência de regra específica de competência para seu processamento e julgamento e sua submissão ao regime geral de custas, haveria uma tendência doutrinária em buscar a ampliação do rol dos erros de forma que trazem como consequência a inexistência processual.⁷⁰

Apesar das vantagens verificadas em se propor a querela de nulidade como ação autônoma em relação à ação rescisória, tais como inexistência de prazo extintivo, inexistência de regra específica de competência para seu processamento e julgamento e a inexistência de depósito prévio, os operadores do direito apontam uma certa dificuldade em identificar o que pode ser enquadrado como vício de inexistência processual, distinguindo-se dos vícios de nulidade, estes atacáveis por

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 185.

⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 504.

⁶⁹ KLIPPEL, Rodrigo. *A Coisa Julgada e sua Impugnação*. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p. 229.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 206.

meio da ação rescisória, uma vez que o ato decisório para ser rescindido precisa existir material e juridicamente.⁷¹

Pontes de Miranda ensina que o direito luso-brasileiro preferiu a distinção processualística pura entre *nullitates insanabiles* e *nullitates sanabiles*, sendo que as nulidades sanáveis apagam-se com a sentença e as insanáveis dão ensejo à nulidade pleno *iure* da sentença. Aquelas poderão ser arguídas em recursos próprios, essas, ainda na execução, como é o caso do artigo 741, I, do CPC ou em ação própria, através da *actio nullitatis*.⁷²

Para Teresa Wambier e José Miguel Medina os autores, de uma maneira geral, usam indistintamente as expressões nulidade absoluta e inexistência, ou se posicionam clara e explicitamente pela identidade de ambas, ressaltando que essa confusão tem origens até históricas.⁷³

Apesar da relevância apontada pela doutrina de estabelecer-se a diferença entre o fenômeno da nulidade e o da inexistência jurídica diante da importância que vem assumindo o tema da relativização da coisa julgada,⁷⁴ identificando-se o que poderia ser atacado por via da ação rescisória e o que poderia sê-lo pela *actio nullitatis*, a jurisprudência do STJ vem admitindo a utilização da ação rescisória como meio hábil para corrigir vícios de nulidade de citação, esse entendimento pode ser verificado no acórdão proferido 3ª Turma do STJ, no Resp113091.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO NULO POR FALATA DE CIATAÇÃO. A sentença proferida em processo nulo por falata de ciatação deve ser atacada pela ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil; mas, sem prejuízo da ação rescisória proposta equivocadamente, o Tribunal pode, nos próprios autos desta, declarar a nulidade da indigitada citação. Precedente.⁷⁵

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 224; KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação**. Vitória: Editora Juspodivm, 2008, p. 205

⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**/Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alves – 2ª ed. – Campinas, SP: Editora Bookseller, 2003, p. 60.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 225.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 233.

⁷⁵ STJ, 3ª T., REsp 113091-MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 10.04.2000, DJU 22.05.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 02 maio. 2009.

5 DESCONSIDERAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Durante muitas décadas a coisa julgada foi considerada como um valor absoluto e se manteve intangível, como um dogma jurídico, o seu questionamento não era admitido sob nenhuma hipótese porém, em função das evoluções por que vem passando a humanidade, principalmente nos campos social e tecnológico, a sua flexibilização vem, aos poucos, sendo introduzida em nosso ordenamento jurídico.⁷⁶

Pesquisas apontam que a relativização da coisa julgada em nosso sistema foi introduzida, inicialmente, por obra da jurisprudência pátria, sendo citado como precursor da tese o ministro do STJ, José Augusto Delgado, que no julgamento de um caso concreto, defendeu a flexibilização da carga imperativa da coisa julgada sempre que a decisão esteja em dissonância com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade ou que não reflita a verdade real dos fatos alegados.⁷⁷

Posteriormente a referida tese foi abraçada por renomados doutrinadores brasileiros que consideram que o princípio da segurança jurídica não é absoluto tendo em vista que o próprio legislador previu meios para torná-lo relativo (meios típicos) e que por esse motivo deve ser sopesado em função das peculiaridades do caso concreto, todas as vezes que estiver em desacordo com os princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, eficácia, impessoalidade e justiça, que, segundo defendem, estão em um patamar superior.⁷⁸

⁷⁶ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1.

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 505

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 228-229; THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de processo**. São Paulo. Nº 127, ed. set/2005 p. 53; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 45.

A impugnação de decisões judiciais, após o decurso do lapso temporal para a interposição de eventuais recursos cabíveis, tem mecanismos próprios para seu manejo (meios típicos) como já mencionado no capítulo anterior, ocorre que determinadas decisões não podem ser atacadas por nenhum dos instrumentos previstos em lei, quer seja por não se enquadrarem nas hipóteses de seus cabimentos, quer seja por já ter decorrido o prazo para manejo desses instrumentos, tampouco podem ser impugnadas por meio da ação declaratória de inexistência, eis que não padecem de vícios de inexistência jurídica ou processual, mas seu conteúdo espelham desrespeito à preceitos consagrados na atual Constituição Federal e como tal não podem se perpetuar no tempo, acobertadas pelo manto da inatingibilidade.⁷⁹

A relativização, desconsideração, flexibilização da coisa julgada ou coisa julgada inconstitucional são expressões sinônimas que têm como objetivo desconsiderar a *res judicata* constituída com ofensa ao valor justiça ou que esteja em desacordo com a ordem constitucional porém, apesar da forte argumentação apresentada nas teses que a defendem⁸⁰, a doutrina e a jurisprudência brasileiras se dividem quanto ao seu cabimento, gerando os mais variados posicionamentos no sentido de sua defesa ou de seu ataque, tendo em vista que a coisa julgada material é tida como corolário do princípio da segurança dos atos jurisdicionais, que por sua vez representa um ícone do Estado Democrático de Direito.⁸¹

Em defesa da quebra do absolutismo da coisa julgada quando a sentença se torna insustentável, por estar em dissonância com a ordem constitucional, mesmo já tendo decorrido o lapso temporal para manejo da ação rescisória, destaca-se o trabalho do processualista Cândido Rangel Dinamarco, nas seguintes hipóteses:

- 1) Não ofende a coisa julgada, a reavaliação do imóvel expropriado, durante a execução da sentença, para realizar “a garantia constitucional da justa indenização”, no caso de ter se deparado o juízo com a procrastinação do pagamento por culpa do expropriante, gerando o completo aviltamento da indenização antes arbitrada (STF, 1ª T., RE 93.412, Rel. Min. Rafael Mayer, ac. 04.05.82; e RE 105.012. Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 09.02.88);
- 2) Ocorrência de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, caso em que a coisa julgada seria incompatível com a sistemática da “justa indenização” e, principalmente, com os princípios constitucionais “

⁷⁹ KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8/9.

⁸⁰ Ibidem, p. 3.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 790/791.

da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado” (STJ, 1ª T., REsp. 240.712, ac. 15.02.2000, Rel. Min. José Delgado).

3) cabimento de nova investigação de paternidade, porque a sentença anterior a teria denegado por insuficiência de prova, ou porque a verdade real não pode ser atingida porque exame técnico como de DNA não existia ou não fora realizado antes da *res judicata*; a garantia constitucional de reconhecimento da filiação e do processo justo não teria ocorrido (STJ, 4ª T., REsp. 226.436, ac 28.06.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 04.03.2002, p. 370)⁸²

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que defendem que a decisão proferida em desacordo com algum dos princípios constitucionais deve ser rescindida por ser mais nocivo à sociedade. “Concebe-se hoje que o desrespeito a princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais”⁸³

Para Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria, admitir a intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria conferir aos juízes um poder ilimitado de decidir, ainda que de forma contrária à Constituição Federal:

Negar simplesmente a relativização da coisa julgada inconstitucional, seria negar a própria superioridade da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação. Seria conferir aos juízes o poder ilimitado de decidir, ainda que contrariamente à Constituição, visto que o vício da inconstitucionalidade seria sanável com a *res judicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso da ação rescisória.⁸⁴

Carlos Valder do Nascimento alega que a coisa julgada não é absoluta, pois os princípios da legalidade, moralidade, eficácia, publicidade, impessoalidade e justiça estão em um patamar superior à coisa julgada. “A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminado por desvios graves que afrontam o ideal justiça.”⁸⁵

Embora a moderna doutrina venha defendendo a relativização da coisa julgada, o tema não é pacífico, há quem defenda que a desconsideração da coisa julgada fora das possibilidades previstas pelas vias recursais ou por meio de Ação

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 228-229.

⁸³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de processo**. São Paulo. Nº 127, ed. set/2005 p. 53.

⁸⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 45

Rescisória representa uma grave ameaça à paz social e ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Consoante o direito constitucional de ação (CF, art. 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença justa é o ideal – utópico – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor de segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada. Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é política: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, com, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença justa (sob o ponto de vista de *Führer* e de *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente aos alemães, de modo que os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio da teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento ao estado democrático de direito.⁸⁶

Também é desfavorável à tese da descontinuidade da coisa julgada fundada em critérios axiológicos, fora da previsão legal, o jurista Ovídio A. Batista da Silva, para quem as decisões injustas não podem servir de pressupostos para desconsiderar a coisa julgada uma vez que não há como se mensurar a gravidade de uma injustiça:

Parece que não se deve condicionar a força da coisa julgada, a que ela não produza injustiça; ou ainda, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja “grave” ou “séria.

Ao adotarmos esse critério, nada mais restará do instituto. Afinal, que sentença não poderia ser acusada de “injusta”; e qual a injustiça que não poderia ser tida como “grave” ou “séria”? Como medir a gravidade de uma injustiça? Afinal a injustiça pode ser grave e por vezes pode ser que não seja tão grave?”⁸⁷

O professor Fredie Didier Jr., enfatiza que para evitar a perpetuação de decisões injustas ou desafinadas com a realidade fática, o legislador previu mecanismos próprios para desconstituí-las. “Com isso, buscou-se harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais”.⁸⁸

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.767.

⁸⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 215

⁸⁸ Apud, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p.506.

E continua o referido jurista, defendendo a tese de que relativizar a coisa julgada fundada na injustiça da decisão atacada não garante que a nova decisão não seja injusta, o que levaria mais tarde a novo ataque e assim por diante, estar-se-ia admitindo, dessa forma, a eternização do processo, citando Luiz Guilherme Marinoni, ele transcreve o seguinte trecho, “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de relativizar a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.”⁸⁹

5.1. Relativização da Coisa Julgada nas ações de investigação de paternidade:

A possibilidade de relativizar a coisa julgada referente aos casos em que busque comprovar ou não o vínculo genético é uma tendência moderna no direito brasileiro, outrora pairava a orientação sobre a prevalência da coisa julgada como princípio absoluto, como pode ser observado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 1998:

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo conflitos existentes. Se fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de processo civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.2. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada (STJ, 3ª T. REsp 107248-GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 07.05.1998, DJU 29.06.1998. P. 160).

A doutrina e a jurisprudência pátrias, que antes não admitiam rediscutir, sob hipótese nenhuma, decisões emitidas em ações investigatórias primitivas passaram

⁸⁹ Apud, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007,p. 506.

a dar mais atenção ao assunto após o advento e aperfeiçoamento do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), que consiste em comparar os fragmentos de DNA dos investigados em relação à determinada característica, o que poderá ser feito até mesmo após a morte, mediante amostras de parentes próximos, confirmando-se o vínculo genético.⁹⁰

A possibilidade de dois indivíduos terem a mesma impressão digital do DNA é de 1 (uma) a cada 30 (trinta) bilhões, sendo virtualmente impossível que haja coincidência. A infalibilidade do exame não é absoluta, pois como qualquer exame, depende das condições e seriedade com que é conduzido porém, adotando-se a técnica correta, apresenta certeza quase absoluta para a verificação do vínculo genético (99,99%), o que abriu caminho para que decisões fundadas em incertezas e injustiça possam ser revistas, possibilitando a substituição da verdade fictícia pela verdade real.⁹¹

Embora ainda hajam focos de resistência em relativizar a coisa julgada nas ações sobre comprovação do vínculo biológico⁹², a exemplo do caso apresentado no capítulo I do presente trabalho, os tribunais de Justiça brasileiros têm, na sua maioria, adotado posicionamentos no sentido de permitir rediscutir essas lides para que a verdade real seja alcançada, de forma a garantir o valor justiça, assentando suas razões nos mais variados fundamentos, a saber:

A busca do processo justo (fins sociais do processo), entendendo que em uma sociedade de homens livres, a Justiça tem que estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade, para tanto consideram que a segurança jurídica só existe quando espelha a verdade real, que pode ser alcançada através da realização do exame de DNA, independente do prazo do art. 495, do CPC;

⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003, p. 186.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das Famílias, 5ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 366.

⁹² EMENTA. CIVIL. NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISAJULGADA. DNA. CONFRONTO. PREVALÊNCIA. I. REFOGE A ESTA CORTE A REFORMA DE ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EXCLUSIVAMENTE NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. II. CONSOLIDADA A COISA JULGADA DEFINITIVA, INCABÍVEL O AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE SOB A JUSTIFICATIVA DO ADVENTO DE NOVA TÉCNICA DE APURAÇÃO, CASO DO EXAME DNA. III. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ (RESP N. 706.987-SP, REL. PARA ACÓRDÃO MIN. ARI PARGENDLER, 2ª SEÇÃO, DJE DE 10.10.2008). IV. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Resp 960805/RS)

Civil e Processo Civil. Investigação de Paternidade. Coisa Julgada. Registro Público 1. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais ainda possam fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça, ou seja, restabelecida. 2. A coisa julgada não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais. 3. Apelo improvido. Unânime" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma. APC nº 4640097. Relator: Valter Xavier. Data do julgamento: 09.02.1998. DJ de 23.04.1998, p. 58 Seção 3).

Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, aqui representado pelo direito da pessoa humana saber quem é seu próprio pai, sobre o princípio da coisa julgada:

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. SUPERAÇÃO DO PRAZO BIENAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COLISÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM O DA SEGURANÇA JURÍDICA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRAZO DECADENCIAL NÃO INCIDENTE. PREFACIAL AFASTADA. A redação do artigo 495 do Código de Processo Civil estabelece que "o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão". Ultrapassado esse prazo referente ao direito potestativo de agir, a decisão de mérito se torna, como diz a doutrina, coisa soberanamente julgada. Ocorre que, existindo colisão entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da segurança jurídica, como exceção a regra, e especificamente quando se investigue a paternidade de ser humano, aquele deve se sobrepor a este utilizando o critério da razoabilidade e a máxima da proporcionalidade e, por conseqüência, o prazo decadencial bienal cede para se efetivar o princípio fundamental insculpido no artigo 1, inc. II, da Constituição Federal. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO DUVIDOSO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DO EXAME PELO DNA. ADMISSIBILIDADE. Em sede de investigação de paternidade, que trata de direito indisponível e personalíssimo do autor, mostrando-se a prova insegura, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para a realização do exame sangüíneo pelo método do DNA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARIANA - AC n. 1999.003378-3, Rel. Des. Carlos Prudêncio, J. 27-4-2000)

O professor Cândido Rangel Dinamarco ensina que quando houver conflito de direitos com a autoridade do trânsito em julgado de um lado e do outro direitos inerentes à natureza humana, protegidos pela Constituição Federal, a coisa julgada

deva ser relativizada, sob pena de atribuir-se a paternidade a quem não o é de verdade⁹³

Para Teresa Arruda Alvim e Jorge Medina, no conflito de princípios, o afastamento de um deles para a incidência do outro não compromete, em tese, o princípio afastado. Nas palavras da autora:

Há princípios opostos, que incidem, ou um, ou outro, em função das peculiaridades do caso. Afastado um princípio, nem por isso fica o princípio posto de lado comprometido em tese. Sua incidência pode ter num outro caso, despido daquelas peculiaridades.⁹⁴

Ausência de coisa julgada material nas ações de estado, que dessa forma, autorizam a flexibilização da decisão proferida na ação primitiva, possibilitando o exame de DNA:

PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA. AÇÃO DE ESTADO. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE.

1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real.

2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas." (TJDFT, Agravo de Instrumento nº 2446-4/98, Acórdão nº 115354, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior)

"Civil e Processual Civil- Ação de investigação de paternidade - Coisa Julgada- Renovação do Pedido - Possibilidade - Exame de DNA. 1. A Jurisprudência tem atenuado a rigidez da coisa julgada na hipótese de investigação de paternidade, para possibilitar a realização do exame de DNA, dando uma solução mais justa à matéria. Precedentes. 2. O reconhecimento do estado de filiação, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tornando-se necessário apurar a veracidade dos fatos, para não deixar um filho sem pai ou um pai sem filho, admitindo, na mesma linha de raciocínio das ações de alimento, **a ocorrência apenas da coisa julgada formal e não material, impeditiva do reexame da matéria no mesmo processo.** 3. Recurso e provido. Unânime" (TJDFT, 5ª Turma. Apelação Cível nº 19990910029102. Relator: Haydevalda Sampaio. Data do julgamento: 14.09.2000.DJ de 22.11.2000, p. 42).

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira a sentença proferida em ações de estado têm uma especificidade que as torna especiais, pois o valor por elas produzido não se restringe às partes, ao contrário, é oponível contra todos "as ações

⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. vol.55/56 São Paulo: janeiro/dezembro, 2001.

⁹⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

de estado fazem coisa julgada, somente sendo especial à autoridade da coisa julgada, pois tem valor absoluto, oponível *erga omnes*".⁹⁵

Teresa Wambier e José Miguel Medina⁹⁶ não concordam com a teoria de ausência de coisa julgada nas ações de estado de pessoa. Eles registram que a regra da ausência de coisa julgada nesse tipo de ação remonta ao interesse público existente no direito canônico, que por sua vez admite reexame da causa, a qualquer tempo, consistente em novas e graves provas e argumentos, aquelas entendidas como qualquer meio de prova admitido. (art. 1.644, § 1º código canônico).

Fazendo um paralelo com o sistema do direito canônico, os sobreditos processualistas esclarecem que a doutrina canônica adota uma ampla concepção sobre as ações relativas ao estado das pessoas, o *status personarum*, que abrange o *status civitatis* (direitos essenciais ao homem, sua liberdade, capacidade, etc); o *status religionis* e o *status familiar* (filiação, matrimônio, etc.) e que a essência do direito canônico é gerar condições à salvação da alma, não fazendo sentido para essa teoria, favorecer o pecado ou ofender valores ligados à dignidade humana.⁹⁷

Para eles as ações de investigação de paternidade merecem ter em nosso direito, um tratamento diferenciado, com a criação de norma legal que permita o ajuizamento de revisão baseada em novas provas sobre a paternidade, a exemplo do direito alemão:

Semelhantemente, é o que defendem Augusto Mario Morello e Maria Silvia Morello de Ramírez, ob. Cit., n. 26, pág. 47 e ss., pra o direito argentino. No direito alemão, a partir da Lei de reforma do direito de filiação de 16.12.1997 (em vigor desde 01.07.1998), o § 641-i do CPC daquele país permite o ajuizamento de ação de revisão com base em novas provas sobre a paternidade.⁹⁸

O professor Fredie Didier Júnior ressalta que em princípio as chamadas sentenças futuras, isto é, aquelas que regram situações ainda não consumadas não são admitidas em nosso ordenamento jurídico, excepcionando-se, contudo, aquelas que recaírem sobre situações futuras que estejam vinculadas a situações presentes,

⁹⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.166.

⁹⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 182.

⁹⁷ Ibidem, p. 182.

⁹⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195.

que normalmente envolvem prestações periódicas como é o caso das relações de família, de alimentos, relações tributárias e previdenciárias.⁹⁹

Para o professor, referido no parágrafo anterior, a acepção de que a possibilidade de modificação desse tipo de sentença, a qualquer tempo, não forma coisa julgada material é equivocada, pois tais sentenças, segundo ele, como todas as outras são aptas a produzir coisa julgada material, uma vez que a relação jurídica identificada na demanda anterior se torna indiscutível. Ocorre que, em havendo modificação no quadro fático e/ou jurídico, torna-se necessário um novo tratamento à relação jurídica, que acarretará uma nova decisão, que por sua vez se tornará indiscutível para aquela nova situação.¹⁰⁰

Antonio Carlos Araújo Cintra também entende que a revisão da sentença, por modificação no estado de fato ou de direito para se adaptar à situação superveniente, não infere na coisa julgada material, cujos limites objetivos permanecem intocáveis, vinculados à relação jurídica anterior:

Sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a regra ditada pela sentença pode ser revista, mediante ação da parte interessada, para se adaptar à situação superveniente. Isto, é claro, não atinge a coisa julgada que permanecerá intocável nos seus limites objetivos, vinculada à relação jurídica tal como se apresentou no momento da decisão. Por isso mesmo, Pontes de Miranda observa que a disposição em exame nada tem com o problema da coisa julgada material.¹⁰¹

Possibilidade de relativizar a coisa julgada quando a primeira lide investigatória foi julgada improcedente por precariedade das provas produzidas.

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 499.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 500.

¹⁰¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 304.

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

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

IV - Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (Recurso Especial nº 226436/PR, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370)

Direito Civil e Processual Civil. Família. Renovação de pedido de investigação de paternidade c/c alimentos. Exame de DNA. Trânsito em julgado da primeira ação. Extinção do processo com fulcro no art. 267, inc. IV e V, do CPC. I- O limite objetivo da coisa julgada material não abrange os motivos - Insuficiência de provas, ainda que relevantes, que levaram o juízo monocrático a denegar a investigação de paternidade requerida, por restringir-se àquela à parte dispositiva da sentença (art. 469, I, CPC). II- Se o progresso da ciência oferece meio de prova eficaz às decisões judiciais, o poder judiciário, em detrimento da evolução social e científica na pesquisa cromossômica, não pode obstar a realização do exame de DNA não efetuado naquela primeira oportunidade por ausência de recursos financeiros de sua genitora. Recurso conhecido e provido, à unanimidade (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma. APC 4712797. Relator: Edmundo Minervino. Data do julgamento: 10.04.2000. DJ de 24.05.2000, p. 12.)

Direito processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Inépcia da inicial. Ausência de mandato e inexistência de atos. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos. Negativa de prestação jurisdicional. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. - ***A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito. - A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça. - A falta de indicação do valor da causa não ofende aos arts. 258 e 282, inc. V, do CPC, ante a ausência de prejuízo às partes, sobressaindo o caráter da instrumentalidade do processo. - Sanado o defeito com a devida regularização processual, não há que se alegar ausência de mandato e inexistência dos atos praticados. - Não há cerceamento de defesa quando, além de preclusa a questão alegada pela parte, impera o óbice da impossibilidade de se reexaminar fatos e provas em sede de recurso especial. - A ausência de dolo exclui a possibilidade de declaração de litigância de má-fé. - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de***

paternidade (Súmula 301/STJ). - Não existe violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia, apenas dando interpretação diversa da buscada pela parte. - Inviável em sede de recurso especial a análise de alegada violação a dispositivos constitucionais. (STJ, 3ª T., REsp 826.698/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2008, p.1) (grifos nossos)

A vinculação da coisa julgada ao exaurimento de todos os meios de prova em direito admitidos é classificada pela doutrina como coisa julgada *secundum eventum probationis*. Essa técnica é prevista, em nossa legislação, para as ações coletivas, na quais o julgamento pela improcedência por insuficiência de provas não obsta que qualquer legitimado possa intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (artigo 103, da Lei 8.078/90).¹⁰²

Belmiro Pedro Welter afirma que nas ações de investigação de paternidade, quando os meios de prova não forem suficientes para o juízo de convencimento do magistrado, a decisão proferida não se torna imutável:

Somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial, especialmente exame genético *DNA*, e depoimento pessoal.¹⁰³

Compartilha desse entendimento, Maria Berenice Dias que sustenta que nas ações de investigação de paternidade, a não realização do exame de DNA por omissão do demandado ou do Estado, acarreta em uma falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento da demanda e o julgado pela improcedência do pedido baseado em insuficiência de prova, não poderá ser acobertado pela coisa julgada material, uma vez que não foi possível identificar a existência ou não do direito perquirido, não podendo o investigador, nesse caso, ser apenado com uma sentença definitiva.

A não realização da prova, em tais casos, não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de que o réu não é o pai do autor. O que ocorre é mera impossibilidade momentânea de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na inicial. Como a omissão probatória não pode ser imputada ao investigador, não há como apená-lo com uma sentença definitiva de reconhecimento da ausência do vínculo de filiação. A deficiência probatória, ou a negligência do réu em subsidiar o juiz para que forme sua convicção, não pode gerar certeza jurídica de inexistência do estado de filiação, a ponto de impedir o

¹⁰² DIDDIER JÚNIOR, Fredie. **Cognição**, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, janeiro, n. 10, 2002, disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 17/11/2009.

¹⁰³ WELTER, Belmiro Pedro. **A coisa julgada na investigação de paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 2000, p.113.

retorno do investigador a juízo. O que ocorre é nada mais do que falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento da demanda.¹⁰⁴

Para o professor Fredie Didier Júnior¹⁰⁵ a coisa julgada *secundum eventum probationis* é uma técnica processual utilizada para procedimentos simples e céleres que não exigem fase probatória específica ou que por política legislativa evita a formação de coisa julgada material nas ações que protegem interesses difusos ou coletivos quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Segundo ele, embora aceita em nosso ordenamento jurídico, essa técnica só pode ser utilizada se prevista em lei, dessa forma ela não deveria servir como fundamento para relativizar a coisa julgada:

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com a supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, ao recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente.

O problema deste posicionamento é que a técnica procedimental tem de estar prevista legalmente – ela é plenamente em nosso ordenamento, conforme visto em itens precedentes, mas tem que estar consagrada em lei.

Sobre esse enfoque Teresa Wambier e José Medina¹⁰⁶ sugerem em sua obra já mencionada, que é necessário que se faça uma distinção entre processo sem julgamento de mérito e improcedência do pedido ante a ausência de provas; a coisa julgada *secundum eventum probationis* e ausência de coisa julgada nas ações que versem direitos indisponíveis, quando o autor carece de provas para demonstrar tal interesse.

Para os doutrinadores mencionados no parágrafo anterior, na sentença de improcedência do pedido fundada em insuficiência de provas, o julgamento se dá com base nas regras do art. 333 do CPC, nesse caso o juiz apenas afirma que o pedido do autor é improcedente, sem inferir-se sobre carência de pressuposto processual.¹⁰⁷

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das Famílias, 5ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 367.

¹⁰⁵ DIDDIER JÚNIOR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro.** Revista Diálogo Jurídico. Salvador, janeiro, n. 10, 2002, disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 17/11/2009.

¹⁰⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 193

¹⁰⁶ Ibidem, p. 193

¹⁰⁷ Idem, p. 193.

Maria Berenice Dias considera que quando não for possível a formação do juízo de certeza, por ausência do exame de DNA, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, IV do CPC, possibilitando assim, a propositura de nova ação investigatória, independente do prazo decorrido:

A impossibilidade de formação de um juízo de certeza leva à **extinção do processo sem resolução de mérito** (CPC 267 IV), e não uma sentença de mérito, esta sim, sujeita à imodificabilidade. De qualquer forma, mesmo julgada improcedente a ação, a sentença não gera coisa julgada a ponto de inviabilizar a volta ao judiciário. O vínculo biológico não foi submetido à apreciação judicial. Logo, esse ponto não foi alvo de julgamento. Em consequência, finda a ação por falta de prova, não está impedido o autor de retornar a juízo, buscando a realização da prova pericial para descobrir a verdade biológica a estabelecer o vínculo de filiação.¹⁰⁸

Para a solução dessas polêmicas Teresa Wambier e José Miguel Medina sugerem, com muita cautela, que as ações onde se investiga a paternidade biológica seja regulada de modo que a sentença faça coisa julgada *secundum eventus probationis*, ou seja, em verificando o juiz a falta de provas, o processo poderia ser extinto sem julgamento de mérito ou como a exemplo das ações coletivas, o objeto é decidido sem caráter de definitividade, nada impedindo que um dos interessados possa mover uma nova ação com base em nova prova. O inconveniente dessa resolução, segundo alegam os renomados doutrinadores, é que o manejo sucessivo de ações investigatórias de paternidade desestabilizaria a já fragilizada entidade familiar.¹⁰⁹

Ao que tudo indica, nas ações que versem sobre parentalidade genética, vincular a coisa julgada ao exaurimento de prova garantida cientificamente, capaz de comprovar o vínculo genético com elevado grau de certeza, como é o caso do exame de DNA, deverá ser o caminho trilhado pelos operadores do direito e legisladores, para que a justiça seja feita, a jurisdição seja eficaz e a paz social seja alcançada.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 367

¹⁰⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 194.

CONCLUSÃO

É indiscutível que a segurança jurídica representada pela coisa julgada é um instituto de extrema importância para garantia de um efetivo exercício da jurisdição. Pondo fim aos conflitos suscitados, o magistrado profere decisão dando o bem da vida a quem demonstrou ter mais aptidão para obtê-lo, através de um processo no qual é respeitado o princípio do contraditório. Isso traz tranquilidade e segurança aos jurisdicionados, garantindo a tão almejada paz social.

É inegável também, que relativizar a coisa julgada baseada somente em critérios axiológicos como o valor justiça, por exemplo, representará um grande perigo, pois isso poderá acarretar grandes incertezas, já que esse critério é muito subjetivo. O que parece justo para o vencedor da demanda normalmente será visto como injusto pelo vencido, e, dessa forma, jamais o processo litigioso terá fim, o que poderá trazer maior descrédito ao já tão desgastado Poder Judiciário.

Ocorre que algumas vezes as decisões judiciais não correspondem à verdade dos fatos nem ao interesse público, beneficiando interesses espúrios daqueles que, detendo o poder, são capazes de manipular todos os tipos de provas, ofendendo a princípios morais e legais e de dignidade humana, basilares para a constituição de um Estado Democrático de Direito. É nesse contexto que se torna inaceitável, nos dias atuais, que tais decisões possam se perpetuar no tempo, agasalhadas por um manto intangível.

Mais grave ainda é o que acontecia nas lides sobre investigação de paternidade biológica, posto que outrora, muitas vezes as decisões eram fundadas somente em provas testemunhais já que não era possível comprovar o vínculo genético através de provas científicas. Como é sabido, nesses casos, algumas vezes as provas testemunhais eram forjadas pelo suposto pai, que alegando a falta de conduta moral da mãe, mulher desonesta, se escusava de assumir a paternidade da criança, negando-lhe um dos direitos da personalidade que configuram a dignidade da pessoa humana estatuída na Constituição Federal como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

É preciso que a sociedade e, principalmente, os operadores do Direito atentem para as peculiaridades do caso concreto, eles não podem simplesmente

ignorar tais situações por receio de tocar em algo santificado. Não se pode esquecer que, quando as regras para revisão dos julgados foram criadas em nosso sistema jurídico (meios típicos) o juízo de valor que norteava nossos legisladores ordinários se aplicava a outro contexto social e tecnológico. A sociedade evoluiu. O mundo e também nosso país vivem hoje outra realidade histórica. Não podemos nos prender simplesmente a formalismos processuais em detrimento da verdade, da moral e da dignidade.

Por outro lado, a questão não pode ficar ao alvedrio do livre arbítrio de cada julgador, sendo conveniente o estabelecimento de critérios positivados buscando atender aos casos onde predomine o interesse público e dar tratamento diferenciado aos casos onde se busque comprovar o vínculo genético, sem por em risco a necessária segurança jurídica, a exemplo do que já acontece com as ações coletivas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____, _____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____, _____; Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 16^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das Famílias**, 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____, _____ (Org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cognição**, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, janeiro, n. 10, 2002, disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 17/11/2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. vol 3. 5^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, _____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. vol.55/56 São Paulo: janeiro/dezembro, 2001.

_____, _____. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo VI: arts. 476-495. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**/Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alves – 2ª ed. – Campinas, SP: Editora Bookseller, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 107.248/GO**, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 07/05/1998, DJ 29/06/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 113.091-MG**, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma, julgado em 10.04.2000, DJ 22.05.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 02 maio. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 226.436/PR**, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 300.084/GO** Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Segunda Seção, julgado em 28/04/2004, DJ 06/09/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 401.010/CE**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 409.285/PR**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2002, DJ 26/08/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 706.987/RS**, Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 826.698/MS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 23/05/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 960.805/RS**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 27365/RJ**, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Quarta Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 28/10/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____,_____; FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de processo**. São Paulo. Nº 127, ed. set/2005.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de Instrumento nº 19980020024464**, Rel. VALTER XAVIER, 1ª Turma Cível, julgado em 12/04/1999, DJ 30/06/1999. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 28 jun 2009.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 19990910029102**, Rel. HAYDEVALDA SAMPAIO, 5ª Turma Cível, julgado em 14/09/2000, DJ 22/11/2000. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 28 jun 2009.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 4640097**. Relator: Valter Xavier. Data do julgamento: 09.02.1998. DJ de 23.04.1998. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 28 jun 2009.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 4712797**. Rel. Edmundo Minervino. Julgado em 10/04/2000. DJ de 24/05/2000. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 28 jun 2009.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 1999.003378-3**. Rel. Carlos Prudêncio. DJ de 27/04/2000. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em 28 jun 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, RT, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, P. 84, in Fredie Didier Jr. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: Os regimes de formação da coisa julgada do direito processual civil brasileiro*. Disponível na Internet pelo site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 17/11/2009.

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