

ISSN 1677-3853

LEX

REVISTA JURÍDICA LEX

Nº 49 — 2011

JANEIRO/FEVEREIRO



Legal e Regulatória

FUNDADA EM 1937

RUA DA CONSOLAÇÃO, 77 — CEP 01301-000

TEL. 11 2126.6000 — FAX 11 2126.6020

A ortografia desta publicação, em relação a doutrinas, artigos assinados por autores e demais textos produzidos pela área editorial, está atualizada conforme o Acordo Ortográfico aprovado em 1990 e promulgado pelo Decreto nº 6.583/2008, vigente desde 01/01/2009.

Para jurisprudências, acórdãos e as demais publicações oficiais o texto foi transcrito conforme original.

SÃO PAULO

www.lex.com.br — e-mail: comercial@lex.com.br

Direitos autorais reservados — © — LEX EDITORA S/A

SUMÁRIO

EDITORIAL	3
-----------------	---

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Doutrinas

1. Revogação de Antecipação de Tutela e Terceiros (em Particular, no Âmbito Societário) Ada Pellegrini Grinover.....	9
2. Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva Ênio Santarelli Zuliani.....	29
3. Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC (Análise e Proposta) José Rogério Cruz e Tucci.....	49
4. Notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil do Brasil (Apresentação da 46ª Edição – Vol. II) Humberto Theodoro Júnior.....	60
5. Integralização de Ações de Empresa Industrial em Empresa Comercial por Acionista, que Avaliou sua Participação, pelo Valor de Mercado nos Termos do Artigo 36 da Lei nº 10.637/02 – Posterior Incorporação, Objetivando Redução de Custos e Elevação de Competitividade, da Empresa Comercial pela Industrial – Aproveitamento do Ágio da Integralização do Capital nos Termos do § 7º do Artigo 20 do DL nº 1.598/77 e 7º da Lei nº 9.532/97 com Amortização de 1/60 destes Valores, Mensalmente – Autuação Fiscal, Desconsiderando a Operação – Insubsistência do Lançamento – Parecer Ives Gandra da Silva Martins.....	80
6. Notas sobre a Flexibilização da Coisa Julgada nas Ações de Paternidade Suzana Santi Cremasco.....	100
7. Honorários de Advogado – A Fundamentação nas Decisões que Fixam os Honorários Sucumbenciais Magno Federici Gomes e Bianca Boroni Soares.....	123
8. Execução – A Proteção ao Condômino do Executado Clito Fornaciari Júnior.....	153
9. Regime Jurídico de Proteção à Propriedade Industrial no Brasil Jonabio Barbosa dos Santos e Rafaella de Melo Soares.....	156
10. Exceção de Pré-Executividade – Sua Extinção após a Lei nº 11.382/06 Demócrito Reinaldo Filho.....	173

11. Os Direitos e Garantias Fundamentais na Questão da (In)Tolerância Religiosa, Fundamentalismo e Terrorismo Antônio Baptista Gonçalves	186
12. Propriedade Fiduciária em Garantia: O Sistema Dicotômico da Propriedade no Brasil André Carvalho Nogueira	219
13. Casamento do Maior de Sessenta Anos e a Lei nº 12.344/2010 Antonio Borges de Figueiredo e Renata Ivana de Melo	241
14. O Meio Ambiente dos Excluídos e Internados na <i>Casa dos Mortos</i> Renata Soares Bonavides Pilotto	247
Acórdãos	
1. STF – Sócios de Sociedade Limitada. Responsabilidade Tributária. Artigo 13 da Lei nº 8.620/93. Inconstitucionalidades Formal e Material. Repercussão Geral. Aplicação da Decisão pelos Demais Tribunais <i>Rel.^a Min.^a Ellen Gracie</i>	253
2. STF – Contribuição Sindical Patronal. Isenção. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Simples Nacional (Supersimples). LC nº 123/06, Artigo 13, § 3º. Constitucionalidade <i>Rel. Min. Joaquim Barbosa</i>	266
3. STJ – Contrato de Adesão. Cláusula de Eleição de Foro. Validade <i>Rel. Min. Vasco Della Giustina</i>	280
4. STJ – Pedido de Falência. DL nº 7.661/1945. Valor Ínfimo. Princípio da Preservação da Empresa <i>Rel. Min. Aldir Passarinho Junior</i>	285
5. STJ – Reclamação Trabalhista. Honorários Convencionais. Perdas e Danos. Princípio da Restituição Integral. Aplicação Subsidiária do Código Civil <i>Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi</i>	291
6. STJ – Isenção. IRPF Artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88. Interpretação Literal. Cegueira. Patologia que Abrange tanto o Comprometimento da Visão nos Dois Olhos como também em Apenas Um <i>Rel. Min. Herman Benjamin</i>	299
7. TRF 1ª R. – Juros de Mora e Juros Remuneratórios. Limitação. Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária. Comissão de Permanência. Inexigibilidade <i>Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro</i>	305
8. TRF 2ª R. – Empresa Individual. Transformação em Sociedade Limitada. Manutenção do Número de Registro no CNPJ. Admissibilidade <i>Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros</i>	316
9. TRF 3ª R. – Isenção. Imposto de Importação, IPI e AFRMM. Artigo 1º, § 2º, da Lei nº 8.010/90. Importação de Equipamentos para Fins Científicos e Tecnológicos. Hipóteses <i>Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto</i>	320

10. TRF 4ª R. – Ação Monitória. Nota Promissória. Avalistas. Prescrição. Honorários de Advogado. Compensação <i>Rel. Juiz Fed. João Pedro Gebran Neto</i>	322
11. TRF 5ª R. – Cadastro de Pessoa Física. Cancelamento e Expedição de Nova Inscrição. Furto de Documentos. Ocorrência de Fraudes <i>Rel. Des. Fed. Francisco Wildo</i>	326
12. TJMG – Alienação Fiduciária. Busca e Apreensão. Purga da Mora. Parcelas Vencidas e Encargos Previstos Contratualmente. Princípio da Razoabilidade <i>Rel. Des. Mota e Silva</i>	332
13. TJRS – Responsabilidade Civil em Acidente de Trânsito. Animal na Pista. Concessionária do Serviço Público. Rodovia Pedagiada <i>Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil</i>	338
14. TJRS – Inventário. Dívida do Viúvo Meeiro. Divisão com o Espólio. Cabimento <i>Rel. Des. Rui Portanova</i>	347
15. TJSP – Internet. Registro de Domínio. Ausência de Prova do Registro da Marca Relativa ao Termo do Domínio <i>Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani</i>	349
Ementário	355

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Doutrinas

1. A Reforma do Código de Processo Penal Fernando da Costa Tourinho Filho	453
2. A Competência por Prerrogativa de Função e o Supremo Tribunal Federal Rômulo de Andrade Moreira	466
3. Uma Releitura a Respeito do Ônus da Prova no Processo Penal Sergio Demoro Hamilton	477

Acórdãos

1. STF – Tóxicos. Pena Privativa de Liberdade. Conversão em Restritivas de Direito. Reconhecimento da Inconstitucionalidade da Regra Legal Vedatória <i>Rel. Min. Celso de Mello</i>	483
2. STF – Corrupção de Menores. Art. 1º da Lei nº 2.252/54. Prova da Efetiva Corrupção do Menor. Desnecessidade <i>Rel. Min. Ricardo Lewandowski</i>	491
3. STJ – Pena. Remição. Impossibilidade de Desconto do Período Remido do Total da Sanção. Pena Efetivamente Cumprida <i>Rel. Min. Jorge Mussi</i>	495

4. STJ – Pena. Furto Qualificado. Arrombamento de Obstáculo. Reconhecimento da Figura Privilegiada <i>Rel.^a Min^a Laurita Vaz</i>	500
5. TRF 1 ^a R. – Crime Contra a Ordem Tributária. Lei nº 8.137/90. Suspensão da Pretensão Punitiva. Lei nº 10.684/03, Art. 9º. Falsidade Ideológica e Uso de Documento Falso. Arts. 299 e 304, CP. Absorção. Denúncia. Rejeição <i>Rel. Juiz Tourinho Neto</i>	504
6. TRF 2 ^a R. – Denúncia. Crime Ambiental. Pessoa Jurídica. Inépcia. Responsabilização Objetiva <i>Rel.^a Des^a Fed. Liliane Roriz</i>	511
7. TRF 3 ^a R. – Pena Restritiva de Direitos. Execução Provisória. Inadmissibilidade. Sentença Condenatória Não Transitada em Julgado <i>Rel.^a Juíza Fed. Conv. Renata Lotufo</i>	516
8. TRF 4 ^a R. – Exploração de Prestígio. Violação de Lacre e Crime Contra as Relações de Consumo. Autoria e Materialidade Comprovadas. Pena de Multa Alternativa. Não Cabimento na Espécie <i>Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro</i>	521
Ementário	537
DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL	
Exoneração de Alimentos – Filho Maior – Possibilidade/Impossibilidade	553
Ação Revisional – Antecipação de Tutela – Alienação Fiduciária – Purgação da Mora – Depósito em Valor Inferior – Possibilidade/Impossibilidade.....	553
JULGADOS DA OAB – CF/TED	555
LEGISLAÇÃO EM DESTAQUE	559
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	
Matéria Cível.....	565
Matéria Criminal	596

NOTAS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE PATERNIDADE

Suzana Santi Cremasco

Advogada; Mestre em Direito pela UFMG; Pós-Graduada em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito; Professora de Direito Processual Civil da UFMG; Professora de Contratos do Programa de Pós-Graduação da UFOP; Professora de Ações Relativas ao Direito de Família do Programa de Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito; Professora de Arbitragem do Programa de Pós-Graduação CEDIN/Milton Campos; Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, da ABDCP – Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do CEDIN – Centro de Direito Internacional.

RESUMO

Desde o final da década de 1990, vem sendo discutida na doutrina e na jurisprudência brasileiras a possibilidade de flexibilização da coisa julgada nas ações de paternidade nas quais se reconhecia a existência ou inexistência de vínculo jurídico de filiação em discrepância com a realidade fática havida entre os envolvidos no processo. Admitida pelo STJ em acórdão paradigmático, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado em 2002, a flexibilização ainda hoje vem despertando debates contudentes entre os doutos, nos quais a opção por flexibilizar ou não a coisa julgada é apenas e tão somente o ponto de chegada de uma discussão que perpassa por inúmeras outras variáveis, como a proteção constitucional da coisa julgada, o impedimento decorrente do texto expresso dos arts. 467 e 468 do Código de Processo Civil, a (in)falibilidade do exame de DNA, o eterno conflito entre segurança e justiça no Direito, os vínculos socioafetivos que eventualmente envolvam o autor e o réu nas ações de paternidade, entre outros, serão objeto de exame no presente estudo.

Palavras-chave: Ações de Paternidade. Coisa Julgada. Hipóteses de Flexibilização.

RESUMEE

Depuis la fin des années 1990, on discute dans la doctrine et la jurisprudence au Brésil la possibilité d'assouplissement de la chose jugée dans les actions de paternité dans lesquelles on reconnaissait l'existence ou l'absence d'une liaison familiale en contradiction avec la réalité de fait entre les impliqués dans le processus. Autorisé par le paradigme de la décision du Tribunal Supérieure de Justice dans le rôle de rapporteur du Ministre Sálvio de Figueiredo Teixeira publié en 2002, la détente n'a toujours suscité des débats frappante chez les savants, où le choix de détente la chose jugée est seulement et uniquement le point d'arrivée d'une discussion qui est imprégnée de nombreuses autres variables, telles que la protection constitutionnelle de la chose jugée, les conditions présentées dans les arts. 467 et 468 du Code de Procédure Civile, la (in)faillibilité des tests ADN, l'éternel conflit entre la sécurité et la justice dans les décisions, les liens sociaux et affectifs qui

impliquent mai de l'auteur et le défendeur dans une action en paternité, entre autres, que seront l'objet d'un examen dans cette étude.

Mots-cles: Actions de Paternité. Chose Jugée. Détente.

I – INTROITO

Durante muito tempo, a autoridade da coisa julgada foi tida na seara do Direito como um dogma intransponível, por meio do qual se estabelecia um limite final para a atividade jurisdicional, de forma a evitar a perpetuação dos litígios existentes entre as partes e, por conseguinte, restabelecer a paz e a segurança indispensáveis ao convívio social.

Uma vez julgada a lide pelo magistrado, o comando emergente de sua decisão era revestido pelo manto da imutabilidade, tornava-se de respeito obrigatório pelo Estado e pelos particulares, “independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do seu conteúdo”⁽¹⁾ e relegava eventuais vícios de validade e eficácia para serem posteriormente discutidos em ação autônoma de impugnação.

O caráter de imutabilidade conferido às decisões pelo trânsito em julgado encontrava respaldo no princípio da verdade formal, encerrando “uma presunção de verdade ou de justiça em torno da solução dada ao litígio (*res iudicata pro veritate habetur*)”⁽²⁾.

Assim, “a única ideia que se tinha até pouco tempo era a de que a coisa julgada havia de prevalecer, ainda que a sentença que por aquele fenômeno estivesse, por assim dizer, protegida, não representasse a aplicação da lei ao caso concreto”⁽³⁾ e, enquanto tal, fosse incapaz de solucionar, de fato, o conflito de interesses existente entre as partes e, via de consequência, de restabelecer, efetivamente, a paz e a ordem entre os jurisdicionados.

Nesse contexto em que a decisão transitada em julgada era capaz de fazer do branco, preto e do quadrado, redondo, os impactos das novas técnicas de investigação de paternidade – e especificamente do exame de DNA – nas ações de filiação já julgadas não eram objeto de preocupação por parte da doutrina e da jurisprudência nacional.

A hipótese de reabertura de discussão em torno de decisões que julgaram ações de paternidade sem que as partes tivessem se submetido ao exame de DNA era algo verdadeiramente inimaginável, que, em princípio, implicava a completa subversão de valores há muito consagrados e consolidados no Direito Processual – notadamente a autoridade da coisa julgada e a segurança dela oriunda – com impactos significativos para toda a sociedade.

Não obstante, a existência – e a crescente difusão – de um exame pericial que se afirma capaz de excluir o vínculo de paternidade com 100% de certeza ou de atestá-lo com índices próximos a 99,9999% de precisão permitiu constatar que, não raras vezes, a verdade trazida aos autos por autor ou réu e assentada pelo juiz por

(1) NERY Jr., 2004, p. 507.

(2) THEODORO Jr., 2004, n. 509.

(3) WAMBIER, 2003, p. 170.

É certo que digressões acerca do instituto da *res iudicata* e do seu tratamento na legislação, doutrina e jurisprudência dos diversos países, ao longo dos tempos⁽⁸⁾, extrapolam, por completo, o objeto de exame do presente trabalho.

Entretanto, não há como se discutir o fenômeno da flexibilização da coisa julgada sem que se fixe o conceito do instituto no Direito brasileiro e sem que se identifiquem ao menos os seus fundamentos e as suas funções na disciplina jurídica em vigor.

O art. 467 do Código de Processo Civil, adotando a concepção de Liebman⁽⁹⁾, define a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A *res iudicata* apresenta-se, assim, não como um efeito da sentença, como sustenta Chiovenda⁽¹⁰⁾, mas como uma qualidade especial que a lei confere ao julgado, de forma a garantir a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo nele veiculado, a fim de evitar a perpetuação dos litígios existentes e, por conseguinte, restabelecer a paz e a segurança indispensáveis ao convívio social. É a coisa julgada “uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é, por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica”⁽¹¹⁾.

Como “resultado da definição da relação processual”⁽¹²⁾, ou seja, da solução do conflito de interesses existente entre as partes e submetido à apreciação e acerto por parte do julgador, a sentença transitada em julgado “tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (art. 468 do CPC), tornando-se não só de observância obrigatória para todos os sujeitos do processo, mas também impedindo a reabertura de discussão em relação àquele litígio já julgado.

A razão de ser da imutabilidade produzida pela coisa julgada e, portanto, o seu fundamento⁽¹³⁾, é o princípio da segurança jurídica, que se manifesta através da

⁽⁸⁾ Para tanto, cf.: NEVES, 1971.

⁽⁹⁾ “A autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. LIEBMAN, 1981. p. 54.

⁽¹⁰⁾ CHIOVENDA, 2002.

⁽¹¹⁾ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 568. Apud THEODORO Jr., 2006. p. 165.

⁽¹²⁾ CHIOVENDA, Giuseppe. Apud Osvaldo Alfredo Gozaini, p. 253.

⁽¹³⁾ Está-se aqui diante do fundamento político da autoridade da coisa julgada. Quanto ao fundamento jurídico, anotam José Augusto Delgado, 2005, e Sérgio Gilberto Porto, 2006, que “inexiste, na doutrina, unidade de pensamento sobre o fundamento jurídico do instituto da coisa julgada. (...) Há quem sustente que a *res iudicata* constitui simples presunção da verdade; outros asseguram tratar-se de uma ficção; e outros, ainda, que se resume em ser mera verdade formal”. A questão, de fato, é controvertida e várias são as teorias que procuram explicá-la: “(a) a da presunção de verdade contida na sentença (Ulpiano, Pothier e outros); (b) a da ficção de verdade ou da verdade artificial (Savigny); (c) a da força legal, subs-

estabilidade que é conferida às decisões judiciais que põem fim aos conflitos de interesses existentes e por força da qual, a partir de um dado momento, o seu conteúdo não pode mais ser alterado, senão naquelas hipóteses expressamente previstas em lei e desde que observados os procedimentos legais adequados para tanto.

Ao garantir a imutabilidade das decisões e a segurança das relações jurídicas, a coisa julgada atua como mecanismo de pacificação social. Há, assim, uma opção política clara do legislador, no sentido de privilegiar a estabilidade em detrimento da busca indefinida por justiça. Ao assegurar a imutabilidade e a indiscutibilidade das decisões, a coisa julgada tem por função “estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro”⁽¹⁴⁾ e, como tal, proporcionar o alcance de equilíbrio e estabilidade nas relações dos jurisdicionados.

Isso se dá de duas formas: de um lado, permite-se à parte arguir a coisa julgada como matéria de defesa, de modo a impedir um novo julgamento sobre aquilo que já foi anteriormente decidido (função negativa); de outro, vincula os juízes de processos futuros a respeitar o que foi decidido no processo anterior sempre que invocado como fundamento questão acobertada pela autoridade da coisa julgada (função positiva). “Quer isso dizer que, pela primeira função da coisa julgada, ‘não podem as partes, unilateralmente, escapar aos efeitos da declaração jurisdicional’. E que, pela segunda, ‘cabe a qualquer dos litigantes a *exceptio rei iudicatae*, para excluir novo debate sobre a relação jurídica decidida”⁽¹⁵⁾.

A garantia da intangibilidade da coisa julgada, contudo, não é absoluta. Tanto assim que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a ação rescisória como mecanismo apto a desconstituí-la, desde que presentes os requisitos previstos nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. É o que ocorre naqueles “casos em que o legislador considerou os vícios tão graves que justifica abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica”⁽¹⁶⁾.

Há casos, porém, em que, embora a sentença transitada em julgado não contemple a melhor aplicação da lei ao caso concreto, não é dado à parte valer-se da via rescisória para desconstituir a decisão, seja porque já decorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação, seja porque a hipótese não se enquadra entre aquelas previstas no rol do art. 485 do CPC. Nessas circunstâncias, o que fazer?

A questão sempre foi controvertida e há muito vem sendo discutida no Direito Processual brasileiro, por autores preocupados com o conflito, não raras vezes

tancial da sentença (Pargensteher); (d) a da eficácia da declaração contida na sentença (Hellwig, Binder, Stein); (e) a da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco); (f) a da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães); (g) a de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde concentra-se a força da coisa julgada (Chiovenda); (h) a teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença”.

⁽¹⁴⁾ WAMBIER, 2003. p. 21.

⁽¹⁵⁾ THEODORO Jr., 2008. p. 11.

⁽¹⁶⁾ THEODORO Jr., 2006. p. 139.

É certo que digressões acerca do instituto da *res iudicata* e do seu tratamento na legislação, doutrina e jurisprudência dos diversos países, ao longo dos tempos⁽⁸⁾, extrapolam, por completo, o objeto de exame do presente trabalho.

Entretanto, não há como se discutir o fenômeno da flexibilização da coisa julgada sem que se fixe o conceito do instituto no Direito brasileiro e sem que se identifiquem ao menos os seus fundamentos e as suas funções na disciplina jurídica em vigor.

O art. 467 do Código de Processo Civil, adotando a concepção de Liebman⁽⁹⁾, define a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A *res iudicata* apresenta-se, assim, não como um efeito da sentença, como sustenta Chiovenda⁽¹⁰⁾, mas como uma qualidade especial que a lei confere ao julgado, de forma a garantir a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo nele veiculado, a fim de evitar a perpetuação dos litígios existentes e, por conseguinte, restabelecer a paz e a segurança indispensáveis ao convívio social. É a coisa julgada “uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é, por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica”⁽¹¹⁾.

Como “resultado da definição da relação processual”⁽¹²⁾, ou seja, da solução do conflito de interesses existente entre as partes e submetido à apreciação e acerto por parte do julgador, a sentença transitada em julgado “tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (art. 468 do CPC), tornando-se não só de observância obrigatória para todos os sujeitos do processo, mas também impedindo a reabertura de discussão em relação àquele litígio já julgado.

A razão de ser da imutabilidade produzida pela coisa julgada e, portanto, o seu fundamento⁽¹³⁾, é o princípio da segurança jurídica, que se manifesta através da

⁽⁸⁾ Para tanto, cf.: NEVES, 1971.

⁽⁹⁾ “A autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. LIEBMAN, 1981. p. 54.

⁽¹⁰⁾ CHIOVENDA, 2002.

⁽¹¹⁾ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 568. Apud THEODORO Jr., 2006. p. 165.

⁽¹²⁾ CHIOVENDA, Giuseppe. Apud Osvaldo Alfredo Gozaini, p. 253.

⁽¹³⁾ Está-se aqui diante do fundamento político da autoridade da coisa julgada. Quanto ao fundamento jurídico, anotam José Augusto Delgado, 2005, e Sérgio Gilberto Porto, 2006, que “inexiste, na doutrina, unidade de pensamento sobre o fundamento jurídico do instituto da coisa julgada. (...) Há quem sustente que a *res iudicata* constitui simples presunção da verdade; outros asseguram tratar-se de uma ficção; e outros, ainda, que se resume em ser mera verdade formal”. A questão, de fato, é controvertida e várias são as teorias que procuram explicá-la: “(a) a da presunção de verdade contida na sentença (Ulpiano, Pothier e outros); (b) a da ficção de verdade ou da verdade artificial (Savigny); (c) a da força legal, subs-

estabilidade que é conferida às decisões judiciais que põem fim aos conflitos de interesses existentes e por força da qual, a partir de um dado momento, o seu conteúdo não pode mais ser alterado, senão naquelas hipóteses expressamente previstas em lei e desde que observados os procedimentos legais adequados para tanto.

Ao garantir a imutabilidade das decisões e a segurança das relações jurídicas, a coisa julgada atua como mecanismo de pacificação social. Há, assim, uma opção política clara do legislador, no sentido de privilegiar a estabilidade em detrimento da busca indefinida por justiça. Ao assegurar a imutabilidade e a indiscutibilidade das decisões, a coisa julgada tem por função “estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro”⁽¹⁴⁾ e, como tal, proporcionar o alcance de equilíbrio e estabilidade nas relações dos jurisdicionados.

Isso se dá de duas formas: de um lado, permite-se à parte arguir a coisa julgada como matéria de defesa, de modo a impedir um novo julgamento sobre aquilo que já foi anteriormente decidido (função negativa); de outro, vincula os juízes de processos futuros a respeitar o que foi decidido no processo anterior sempre que invocado como fundamento questão acobertada pela autoridade da coisa julgada (função positiva). “Quer isso dizer que, pela primeira função da coisa julgada, ‘não podem as partes, unilateralmente, escapar aos efeitos da declaração jurisdicional’. E que, pela segunda, ‘cabe a qualquer dos litigantes a *exceptio rei iudicatae*, para excluir novo debate sobre a relação jurídica decidida”⁽¹⁵⁾.

A garantia da intangibilidade da coisa julgada, contudo, não é absoluta. Tanto assim que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a ação rescisória como mecanismo apto a desconstituí-la, desde que presentes os requisitos previstos nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. É o que ocorre naqueles “casos em que o legislador considerou os vícios tão graves que justifica abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica”⁽¹⁶⁾.

Há casos, porém, em que, embora a sentença transitada em julgado não contemple a melhor aplicação da lei ao caso concreto, não é dado à parte valer-se da via rescisória para desconstituir a decisão, seja porque já decorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação, seja porque a hipótese não se enquadra entre aquelas previstas no rol do art. 485 do CPC. Nessas circunstâncias, o que fazer?

A questão sempre foi controvertida e há muito vem sendo discutida no Direito Processual brasileiro, por autores preocupados com o conflito, não raras vezes

tancial da sentença (Pargensteher); (d) a da eficácia da declaração contida na sentença (Hellwig, Binder, Stein); (e) a da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco); (f) a da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães); (g) a de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde concentra-se a força da coisa julgada (Chiovenda); (h) a teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença”.

⁽¹⁴⁾ WAMBIER, 2003. p. 21.

⁽¹⁵⁾ THEODORO Jr., 2008. p. 11.

⁽¹⁶⁾ THEODORO Jr., 2006. p. 139.

existente, entre a segurança jurídica garantida pela coisa julgada e a (in)justiça do conteúdo veiculado pela decisão.

Entretanto, foi apenas no final da década de 1990 que doutrina e jurisprudência voltaram suas atenções no sentido de repensar, de fato, o instituto da coisa julgada, ao fundamento de que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”⁽¹⁷⁾.

Surgia, assim, o fenômeno da flexibilização da coisa julgada.

II.2 – A Flexibilização da Coisa Julgada: Conceito, Fundamento e Limites

A segurança nas relações jurídicas é um dos fins perseguidos pela ordem processual e a coisa julgada é o instrumento de que dispõe o legislador para alcançá-la. Através da imutabilidade e da indiscutibilidade das decisões asseguradas pela *auctoritas rei judicatae*, extinguem-se os litígios existentes e se restabelece a paz e a segurança necessárias ao convívio social.

Em determinadas hipóteses, porém, a intangibilidade da coisa julgada culmina por proteger situações que, por alguma razão, não deveriam eternizar-se, gerando certo desconforto e certo inconformismo na comunidade jurídica e social em geral.

A relativização da coisa julgada surge, nesse contexto, como um mecanismo para mitigar a imutabilidade e a indiscutibilidade asseguradas pelo instituto, de forma a garantir, em detrimento da segurança jurídica das relações sociais, que o conteúdo veiculado pela decisão não atente contra os princípios da legalidade e da moralidade, contra a realidade dos fatos e, sobretudo, contra os preceitos estatuidos pela Constituição.

Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier, “trata-se (...) de uma certa desmistificação da coisa julgada” que, “tal qual vinha sendo concebida pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo, à luz da mentalidade que vem prevalecendo”⁽¹⁸⁾.

No Direito brasileiro, a superação da *auctoritas rei judicatae* passou a ser admitida, pouco a pouco, em nome de princípios maiores existentes na sistemática em vigor, que encontram respaldo nos valores que estão a inspirar o direito processual moderno, que não mais se contenta em se apresentar como um fim em si mesmo e cada vez mais busca ser instrumento de atuação e outorga, válida e eficaz, do direito material tutelado.

A ideia que norteia a teoria da relativização da coisa julgada é a de que a segurança jurídica das relações sociais e, por conseguinte, a garantia da imutabilidade e da indiscutibilidade das decisões não são valores absolutos no ordenamento jurídico

⁽¹⁷⁾ DINAMARCO, 2002. p. 39.

⁽¹⁸⁾ WAMBIER, 2003. p. 13.

pátrio – como, aliás, nenhum valor o é – e, enquanto tal, não pode se sobrepor a outros valores de igual ou maior importância, como a constitucionalidade, a moralidade, a veracidade e a justiça dos provimentos jurisdicionais.

A princípio, são inúmeras (e inimagináveis) as hipóteses que autorizariam a relativização da coisa julgada com fundamento no interesse público ou a fim de evitar injustiças sérias e flagrantes, eis que ofensas a princípios e garantias, abusos, imoralidades, aberrações, injustiças e fraudes, em tese, seriam passíveis de ocorrer em qualquer litígio trazido a apreciação do Poder Judiciário.

Entretanto, se assim inadvertidamente o fosse, subvertida estaria toda a ordem jurídica processual e estariam abertas as portas para a instabilidade, a desordem e o caos social decorrente da repropositura, sem fim, de ações anteriormente julgadas. De fato, sendo o inconformismo com a derrota inerente a condição humana, não seria raro se deparar com demandas fundadas em “injustiças flagrantes” sem que injustiça alguma tivesse havido no julgamento.

Conscientes disso, desde o primeiro momento, os partidários da teoria da relativização da coisa julgada sempre se preocuparam em fixar, pontualmente, aquelas situações excepcionais em que efetivamente a superação da disciplina geral da coisa julgada se justificaria, de forma a atender aos fins do processo e da própria ordem jurídica em vigor.

A teoria da relativização, com efeito, não tem por escopo aniquilar ou desvalorizar a autoridade da coisa julgada; tampouco se pretende fazer dela a regra, porque, nesse caso, reconhece-se, “o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria”⁽¹⁹⁾. O que se propõe com a flexibilização, na verdade, é o cuidado com situações excepcionais, que devem ser tratadas mediante critérios também excepcionais que limitam as hipóteses de relativização.

Embora se reconheça também que “não existem critérios objetivos para a determinação das situações em que essa autoridade deva ser afastada ou mitigada, nem dos limites dentro dos quais isso deve ocorrer”⁽²⁰⁾, a valoração acerca da ocorrência ou não de situações que autorizem ou justifiquem a relativização da autoridade da coisa julgada deverá ser feita pelo magistrado, quando da análise e decisão de cada caso concreto, momento adequado para tal aferição⁽²¹⁾.

Sempre que o magistrado estiver diante de absurdos, injustiças graves ou transgressões constitucionais – como ocorre naquelas situações em que vínculos familiares que inexistem são declaradas como existentes ou vice-versa – dever-se-ia flexibilizar a autoridade da coisa julgada, de forma a assegurar a correta aplicação da lei ao caso concreto. Caso contrário, a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo da decisão deveriam ser mantidas, consoante estabelecido na legislação processual. O que não é lícito é “entrincheirar-se comodamente detrás da barreira

⁽¹⁹⁾ DINAMARCO, 2002. p. 54.

⁽²⁰⁾ DINAMARCO, 2002. p. 57.

⁽²¹⁾ DINAMARCO, 2002. p. 67.

da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades⁽²²⁾, como tantas vezes a história do Direito já assistiu ocorrer, de forma impotente e triste.

III – A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE PATERNIDADE

III.1 – Os Limites da Tutela Constitucional à Coisa Julgada

O primeiro aspecto fundamental que deve ser enfrentado em matéria de relativização da coisa julgada, não só nas ações de paternidade, mas em todas as ações de modo geral, refere-se à extensão da proteção dispensada ao instituto pelo texto constitucional, que em seu art. 5º, XXXVI, estatui: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

De um lado, os adeptos da teoria da relativização da coisa julgada sustentam que o enunciado apenas protege o instituto dos arroubos do legislador, garantindo que as questões acobertadas pelo manto da *res iudicata* estariam imunes aos efeitos de lei posterior; de outro, os opositores da flexibilização afirmam tratar-se de garantia fundamental assegurada pelo constituinte aos jurisdicionados que, enquanto tal, não poderia ser modificada ou abolida nem por lei ordinária e tampouco por decisão judicial posterior à sua formação.

A nosso ver, o texto do dispositivo constitucional é claro e não oferece maiores dúvidas ou dificuldades para a sua interpretação. Ao estatuir que a lei não prejudicará a coisa julgada, o legislador constituinte deixa nítida a sua intenção no sentido de resguardar a imutabilidade e a indiscutibilidade das questões acobertadas pelo manto da coisa julgada dos efeitos de leis posteriores. E só.

De fato, “a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova⁽²³⁾”.

A intangibilidade da coisa julgada não tem, assim, a natureza constitucional que se pretende, equivocadamente, conferir-lhe, por vezes, ao despropositado fundamento de que se trataria de cláusula pétrea da Constituição, na medida em que elencada entre os fundamentos da República, como garantia fundamental necessária à própria manutenção do Estado Democrático de Direito⁽²⁴⁾.

(22) DINAMARCO, 2002. p. 69.

(23) THEODORO Jr., 2003. p. 140. Nesse sentido são também as lições de Paulo Roberto de Oliveira Lima, citado por José Augusto Delgado (2002, p. 85), que na obra *Teoria da Coisa Julgada* corrobora a mesma posição: “Consoante se observa da leitura do dispositivo, a regra nele insculpida se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder Legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária”.

(24) A propósito, cf. NERY Jr., 2004. p. 511.

É de se ter em conta que se fosse essa a extensão dada ao instituto pela Constituição Federal, “seria inconstitucional toda disposição infraconstitucional que de qualquer forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse sua incidência ou dificultasse a sua formação. Por muito maior razão seria inconstitucional o dispositivo que admitisse o ataque a coisa julgada, criando remédio jurídico-processual hábil a desconstituí-la⁽²⁵⁾”.

Ora, nesse contexto, o que dizer, então, da ação rescisória prevista pelo art. 485 do Código de Processo Civil, que nada mais é do que um mecanismo de desconstituição da coisa julgada? Ou, ainda: o que dizer das previsões legislativas que asseguram a formação de coisa julgada *secundum eventum litis* na ação popular, na ação civil pública e nas ações coletivas? Seriam elas, porventura, todas previsões inconstitucionais? É evidente que não.

Não se afigura correto, tampouco razoável, sustentar, em face da sistemática jurídica vigente, que a teoria da relativização da coisa julgada, nas ações de paternidade e nas ações em geral, não seria aplicável no Direito brasileiro porque não encontraria amparo na ordem constitucional.

A garantia de intangibilidade da coisa julgada resulta, sim, da norma contida na legislação ordinária, notadamente no art. 468 do Código de Processo Civil, único dispositivo que poderia ser, em princípio, invocado para impedir a relativização e à luz do qual a questão deve ser efetivamente analisada.

III.2 – Os Limites da Tutela da Coisa Julgada Frente à Disciplina do CPC

O art. 467 do Código de Processo Civil define a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” e o art. 468, por sua vez, dispõe que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

A análise do texto dos dispositivos legais permite constar que, no Direito Processual Civil brasileiro, dois são os requisitos necessários para que sobre a sentença incida a autoridade da coisa julgada, a saber: (i) a existência de sentença de mérito, ou seja, de decisão que solucione o conflito de interesse existente entre as partes⁽²⁶⁾; (ii) que não esteja mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, isto é, que se trate de decisão irrecorrida ou irrecorrível.

(25) Paulo Roberto de Oliveira Lima apud DELGADO, 2002. p. 85.

(26) Afirmação de que apenas as sentenças de mérito (ou definitivas) fazem coisa julgada é possível a partir do momento em que o art. 468 do CPC refere-se à lide. Consoante anota Humberto Theodoro Jr., 2002, p. 475, citando a Exposição de Motivos do CPC, “para o Código, lide é sempre o mérito da causa. Filiou-se, assim, abertamente à lição de Carnelutti, que define lide como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflitos de ambos os litigantes”.

O critério estabelecido pela legislação para a formação da coisa julgada material é, assim, objetivo e, em princípio, não se prende a questões como a natureza da ação e dos interesses em litígio, a instrução probatória realizada curso do processo, a verdade ou a justiça do conteúdo veiculado pela decisão.

Há, destarte, uma opção do legislador no sentido de conferir às sentenças transitadas em julgado o manto da imutabilidade e da indiscutibilidade das decisões, a fim de evitar a perpetuação dos litígios existentes entre as partes e, assim, restabelecer a paz e a segurança necessárias ao convívio social.

Com efeito, “as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica. É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade da coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo”⁽²⁷⁾.

A disciplina geral da coisa julgada, porém, comporta exceções que, enquanto tais, vêm expressamente previstas na legislação ordinária. Isso porque, a teor da sistemática clássica da coisa julgada, a subtração da sentença à autoridade da coisa julgada, no todo ou em parte, somente poderia provir da lei e não da vontade criativa do intérprete⁽²⁸⁾. É o que ocorre, por exemplo, com a ação popular (art. 18 da Lei nº 4.717/65), com a ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e com as ações coletivas (art. 103, I, da Lei nº 8.078/90). Há também regime especial e relativizado quando se trata da coisa julgada penal em relação aos efeitos civis do delito. E, ainda, previsão de coisa julgada ultra partes e *secundum eventum litis* no regime das obrigações solidárias ativas (art. 274 do Código Civil).

Em relação às ações de paternidade, inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer dispositivo que exclua a sentença nelas proferida do regime geral da coisa julgada estatuído no Código de Processo Civil.

Nesse contexto, partindo-se de uma interpretação literal e estrita dos dispositivos contidos no CPC, não haveria como se sustentar a aplicabilidade da teoria da relativização da coisa julgada nas ações de paternidade, porquanto atentatório a norma legal expressa do art. 468 do Código, que não poderia ser simplesmente

⁽²⁷⁾ THEODORO Jr., 2002. p. 477.

⁽²⁸⁾ THEODORO Jr., 1999. p. 20. A propósito, anota Nelson Nery Jr., 2004. p. 518: “A lei brasileira só admite a coisa julgada *secundum eventum probationis* nos seguintes casos: LAP 18, LACP 16, CDC 103 I a III. Fora desses casos, é inadmissível a alegação de que a coisa julgada se teria operado *secundum eventum probationis*, para justificar, por exemplo, a repositura de ações de investigação de paternidade fundada em prova de DNA, contra coisa julgada anterior de improcedência da investigatória por deficiência ou falta de provas, em razão do estágio da ciência na época da anterior sentença. Para modificar essa situação, somente com a edição de lei autorizando que a coisa julgada, em ação de investigação de paternidade, ocorresse *secundum eventum probationis*, para ambos os litigantes (investigante e investigado – pai e filho)”.

desconsiderada ou esquecida pelos operadores, sob pena de configuração de julgamento *contra legem*⁽²⁹⁾.

Não obstante, porém, certo é que a interpretação das normas processuais não deve ser feita de forma isolada tendo por base unicamente o comando por ela exarado. “As peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação: basta que sejam convenientemente perquiridas e reveladas, levando em consideração as finalidades do processo e sua característica sistemática. Daí o entendimento prevalente entre os processualistas no sentido de acentuar a relevância da interpretação sistemática da lei processual”⁽³⁰⁾.

Destarte, como parte de todo um sistema e, sobretudo, com a função máxima de ser instrumento de efetivação dos direitos e garantias insertos nesse sistema, a interpretação das normas processuais e os contornos dos institutos por ela estabelecidos deve primar pela busca de uma exegese que leve em consideração todos os princípios e regras existentes em torno da questão – sejam de direito processual, sejam de direito material – assim como as expectativas eventualmente existentes e os impactos que eventualmente podem existir na comunidade jurídica e social, que é destinatária final de todo esse processo. “Os princípios gerais do processo, inclusive aqueles ditados em nível constitucional, estão presentes em toda e qualquer norma processual e à luz dessa sistemática geral todas as disposições processuais devem ser interpretadas”⁽³¹⁾.

Tomada essa perspectiva, não há como negar que o comando normativo decorrente do enunciado do art. 468 do CPC pode – e deve – ser flexibilizado sempre que colocado em xeque por preceitos maiores como o são a cidadania, a dignidade humana e, sobretudo, o direito à filiação e a paternidade responsável, insertos nos arts. 1º, II e III, e 227 da Constituição Federal.

Não há como se admitir, com base no discurso do processo pelo processo, da coisa julgada pela coisa julgada, que se feche os olhos ou se relegue para segundo plano valores que são essenciais para a manutenção pacífica e harmônica de toda a estrutura social e que estão insertos no texto constitucional. Não pode haver paz, ordem e harmonia, senão perigosamente aparentes, numa sociedade cuja ordem jurídica, com base em qual argumento for, tutela eternamente o engodo e a mentira.

III.3 – O Julgamento de Mérito na Ação de Paternidade Julgada Improcedente por Insuficiência de Provas e a Possibilidade de Relativização da Coisa Julgada

A situação agrava-se naquelas hipóteses em que a sentença na ação de paternidade é julgada improcedente por insuficiência de provas, ou seja, naqueles casos em

⁽²⁹⁾ O que não seria desejável, na medida em que ao admitir-se julgamentos contrários à lei, criar-se-ia precedente extremamente perigoso, transferindo para o magistrado o poder e a competência, exclusivos do Poder Legislativo, de conferir caráter geral e obrigatório às leis, o que subverteria toda a ordem jurídico-estatal existente, antenaria contra princípios elementares do Estado Democrático de Direito e daria margem a abusos e arbitrariedades que teriam que ser coibidos na prática.

⁽³⁰⁾ ARAÚJO CINTRA et al., 2009. p. 109, original sem grifos.

⁽³¹⁾ ARAÚJO CINTRA et al., 2009. p. 109.

que o vínculo de filiação é reconhecido ou afastado porque o conjunto probatório constante nos autos não foi suficiente para convencer o magistrado dos fatos alegados pelo autor, para os quais a legislação presume a manutenção do *status quo* anterior, sem o enfrentamento do efetivo conflito de interesses existente entre as partes.

Com efeito, quando uma ação de paternidade é julgada improcedente por insuficiência de provas, o mérito da controvérsia trazida pelo requerente à apreciação do Poder Judiciário – qual seja a paternidade – não chega a ser examinado pelo julgador, de modo a permitir a formação de um juízo de certeza. A lide não é propriamente solucionada, o que permite a alguns dizer que, em última análise, o julgamento de improcedência do pedido por insuficiência de provas deveria acarretar a extinção do processo sem julgamento de mérito e, por conseguinte, autorizaria às partes a propositura de nova demanda.

É o que sustenta Belmiro Pedro Welter:

“Sentença de improcedência, por insuficiência de provas, não julga o mérito da ação de investigação ou negação de paternidade, sendo, portanto, possível o ajuizamento de outra demanda ou interposição de ação rescisória, já que, para que haja coisa julgada material, é necessário o exame de mérito da ação, com base nos arts. 1º, II e III, e 227, ambos da CF (por ofensa aos princípios da cidadania e da dignidade humana e por não observar verdade real da perfilhação biológica).”⁽³²⁾

E igualmente Maria Berenice Dias, por ele citada:

“Repensar a solução que vem sendo adotada ante a ausência de probação nas ações de investigação de paternidade. Descabe um juízo de improcedência do pedido, a cristalizar, como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação. O que se verificou foi a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, a impossibilidade de formação de um juízo de certeza, que impõe a extinção do processo, nos precisos termos do inciso IV do art. 267 do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro do ser humano.”⁽³³⁾

A nosso ver, porém, não há como não reconhecer que o Código de Processo Civil conhece dois (e só dois) tipos de sentença: (i) aquela que extingue o processo sem julgamento de mérito, que ocorre quando o “juiz põe fim a relação processual sem dar uma resposta (positiva ou negativa) ao pedido do autor, ou seja, sem outorgar-lhe a tutela jurisdicional, que se revelou inadmissível diante das circunstâncias do caso concreto”⁽³⁴⁾; e (ii) aquela que extingue o processo com julgamento de mérito, que ocorre quando o “juiz julga o conflito de interesses trazido pelas

⁽³²⁾ WELTER, 2002. p. 127.

⁽³³⁾ WELTER, 2002. p. 129.

⁽³⁴⁾ THEODORO Jr., 2002. p. 278.

partes ao Poder Judiciário, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado na inicial”⁽³⁵⁾.

Outrossim, o CPC contempla um sistema de distribuição de encargos probatórios, que vem previsto no art. 333, por meio do qual compete ao autor fazer prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Tal enunciado é uma regra de julgamento que prenuncia que o descumprimento, pelo autor, do ônus da prova que lhe toca pode vir a acarretar a sua sucumbência, com a negativa da pretensão por ele formulada, caso o fato constitutivo do seu direito não esteja suficientemente provado nos autos.

A ação de paternidade se submete a essa disciplina, de modo que quando a pretensão do autor de ver reconhecida ou afastada a sua filiação/paternidade é julgada improcedente por insuficiência de provas, ela é indiscutivelmente negada pelo Poder Judiciário, porque o autor não cuidou de fazer prova do fato constitutivo do seu direito.

Como ressalta Humberto Theodoro Júnior:

“Desconhecendo o Código o *tertium genus* da sentença que apenas declara insuficiente a prova do autor, o que acarreta a não descumprimento do *onus probandi* é o julgamento de mérito (rejeição do pedido) contrário à pretensão que motivou o ajuizamento da causa, posto que, em processo civil, *actore non probante absolvitur reus* (art. 333, I).”⁽³⁶⁾

Embora não seja possível, pela estrutura processual em vigor, retirar a disciplina da ação de paternidade quando julgada improcedente por insuficiência de provas do julgamento de mérito e da formação de coisa julgada, certo é que a decisão exarada nessas circunstâncias é fruto de uma presunção, qual seja, não há prova, logo, não há direito reconhecido.

Tal presunção, por sua vez, é de natureza *iuris tantum* e, como tal e por definição, pode ser flexibilizada e afastada sempre que existam elementos concretos que a contraponham de forma contundente, como ocorre, por exemplo, com a realização de um exame genético superveniente à formação da coisa julgada que eventualmente comprove a existência (ou inexistência) do vínculo de paternidade questionado.

Nessa circunstância, não há nenhuma razão plausível para que se pretenda a manutenção da *res iudicata* que se formou com base numa ficção jurídica e que, na verdade, é o retrato de algo que não se sustenta frente à realidade dos fatos. O

⁽³⁵⁾ THEODORO Jr., 2002. p. 289.

⁽³⁶⁾ THEODORO Jr., 2002. p. 475. Quanto a esse aspecto, vale trazer à colação as lições da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, 2003. p. 193-194: “Inicialmente, não se confundem a extinção do processo sem julgamento de mérito e a improcedência do pedido em virtude da ausência de provas. É que, nesse último caso, o pedido foi julgado em atenção às regras do ônus da prova (CPC, art. 333), e o juiz cinge-se a afirmar que a pretensão do autor (isto é, aquilo que se pede) é improcedente. (...) O órgão judicial, ao proferir uma sentença, não altera a realidade do mundo fático. Se o autor é filho do réu ou não, efetivamente, tal circunstância em nada será alterada pela sentença, que apenas propiciará o afastamento da dúvida, para o Direito, acerca do aludido fato”.

mesmo raciocínio pode ser utilizado naquelas circunstâncias em que o julgamento não se dá por insuficiência de provas, mas em que a paternidade é aferida a partir de elementos indiciários, como testemunhos ou documentos que, como cedo, longe estão de serem meios de prova hábeis à comprovação do vínculo biológico.

Nas palavras de José Augusto Delgado:

“A sentença não pode expressar comando acima das regras da Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse ‘poder’ absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo. A sentença transita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.”⁽³⁷⁾

III.4 – A Autoridade do Exame de DNA e os seus Impactos sobre a Sentença e a Coisa Julgada na Ação de Investigação de Paternidade

É inegável que a teoria da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade tem no advento do DNA o seu veículo condutor. Foi a partir do surgimento e da propagação do exame pericial genético, no Brasil, que a autoridade da coisa julgada começou a ser contestada, pela doutrina e pela jurisprudência, em face da verdade biológica trazida a tona pelo laudo.

A técnica de identificação de indivíduos pelo perfil de DNA foi desenvolvida pelo pesquisador inglês Alec Jeffreys, em meados da década de 80. O método, que aliava simplicidade de execução a resultados precisos, recebeu ampla acolhida na comunidade científica mundial e se propagou rapidamente, revolucionando diversos setores da sociedade⁽³⁸⁾.

Uma das áreas em que o exame pericial genético produziu maior impacto foi, sem dúvida, na investigação de paternidade que, até então, encontrava a sua afirmação, tanto nas ciências biológicas quanto nas ciências jurídicas, em meros indícios de parentesco, não raras vezes fundados em presunções e ficções.

Ao tornar mais precisa e mais segura a determinação da paternidade biológica, o exame de DNA revolucionou as ações investigatórias e tornou-se palco de um certo frenesi entre os doutrinadores, cada vez mais inclinados a acatá-lo como prova absoluta, necessária, irrefutável e irretorquível em matéria de filiação, capaz de pôr em xeque os resultados da atividade jurisdicional até então desenvolvida e de fazer ruir a autoridade da coisa julgada.

⁽³⁷⁾ DELGADO, 2004. p. 52

⁽³⁸⁾ BOEIRA, 1995. p. 290.

A nosso ver, porém, os impactos do exame de DNA nas ações que envolvem paternidade devem ser analisados com um pouco mais de cautela, embora não se conteste aqui o importantíssimo papel por ele desempenhado na solução das demandas judiciais.

Em primeiro lugar, é de se ter em conta que o exame pericial genético não define, em caráter absoluto, a determinação da paternidade, mas apenas a sua exclusão, de modo que não deve ser visto como prova exclusiva dentro dos autos⁽³⁹⁾.

Em segundo lugar, o exame de DNA, a despeito de toda a sua segurança e precisão, não é um processo infalível e tem os seus resultados sujeitos a inúmeras variáveis que, por vezes, pode comprometer a veracidade contida na sua conclusão:

“Em se tratando de sangue coletado de suposto pai vivo, cumpre sejam consideradas as seguintes variantes: 1º) a possibilidade de falhas técnicas em quaisquer etapas do sofisticado procedimento; 2º) a sujeição a fraudes, desde a troca do material sob perícia até a alteração dos resultados periciais; 3º) o caráter limitado da perícia, já que se atém a um número inexpressivo de informações genéticas; 4º) os artifícios matemáticos desenvolvidos que utilizam a probabilidade prévia ao exame para calcular a probabilidade posterior ao resultado (a expressão 99,99%); e 5º) as situações particulares que admitem resultados falsamente negativos. Havendo a impossibilidade da reconstrução genética do suposto pai falecido mediante a análise de membros de sua família, somam-se ainda as seguintes variantes: 1º) a decomposição do material biológico *post mortem*; 2º) a incidência de fatores físicos, como temperatura, umidade e condições de luminosidade; e 3º) a contaminação por bactérias saprófitas.”⁽⁴⁰⁾

Aliado a isso, acresça-se também a ausência de controle, governamental ou não, sobre muitos dos testes realizados, o que impõe, na prática, uma dose de ceticismo e cautela para com os seus resultados, que deverão ser avaliados em cada caso concreto, tendo por base, notadamente, a reputação, idoneidade e a confiabilidade do laboratório e dos profissionais responsáveis pela sua realização. Com efeito, “sujeitos apenas às regras do mercado, cada vez é maior o número de laboratórios cujo histórico e cujo quadro profissional não o qualificam senão para a mercancia. Incutida inclusive mediante propaganda enganosa, a lógica do lucro fácil hoje impera

⁽³⁹⁾ SILVA, 2001. p. 72.

⁽⁴⁰⁾ SILVA, 2001. p. 72-74. No mesmo sentido é o escólio de Alfredo Gilberto Boeira, 1995. p. 296: “A determinação do perfil de DNA para estabelecer a paternidade, embora merecedora de consideração, dista muito de ser o processo infalível que seus proponentes defendem. Em primeiro lugar, há uma aplicação inadequada de uma metodologia destinada a finalidades científicas (onde a incerteza é admissível), para a área jurídica (onde a dúvida deve beneficiar o réu). Em segundo lugar, a possibilidade de falhas técnicas está sempre presente e deve ser avaliada em todos os casos que o tribunal for examinar. Terceiro, as bases de dados em que se baseiam as afirmações estatísticas ou não existem ou são pouco confiáveis, e deveriam ser analisadas sempre que esta prova for apresentada ao juiz. E mesmo os dados baseados em tais fontes podem variar de forma acentuada, conforme a técnica de cálculo (Regra do Produto ou Regra da Contagem). Finalmente, as probabilidades oferecidas pelo exame são, na realidade, artifícios matemáticos desenvolvidos para facilitar conclusões científicas, não correspondendo ao que é difundido como verdade absoluta”.

nos exames de DNA, criando a ilusão da certeza em resultados que, no máximo, afiançariam maior precisão em termos de probabilidade”⁽⁴¹⁾.

Por outro lado, quanto a esse aspecto, não nos parece razoável aceitar passivamente a autoridade e a infalibilidade do exame pericial genético, como uma verdade absoluta, impassível de vir a ser contestada, “como se a ciência tivesse alcançado o topo de sua evolução e que nada mais pudesse ser dito ou descoberto acerca do exame de DNA”⁽⁴²⁾.

A genética é hoje uma das áreas do conhecimento que mais tem se desenvolvido e com maior velocidade. Embora se reconheça o grau do avanço tecnológico até aqui alcançado, não é crível que não há mais a avançar.

Como destaca Teresa Arruda Alvim Wambier:

“(…) parece no mínimo duvidoso se poder dizer que não haverá maior avanço científico, a fim de se atribuir ainda maior exatidão para que o exame de DNA demonstre a existência de paternidade, ou, até mesmo, que no futuro se verifique que o aludido exame encerre falhas, ou que o seu grau de acerto não seja tão grande quanto o que lhe tem sido atribuído.”⁽⁴³⁾

Nesse contexto e sem nenhum prejuízo à tese da relativização frente à realidade científica que temos hoje, cremos que os impactos do exame de DNA sobre as decisões em ações investigatórias de paternidade devem ser analisados com racionalidade, critério e cautela, e não da forma entusiástica, apaixonada e, por vezes, despida de qualquer razão com que costuma se tratar a questão:

“O exame de DNA, em sendo uma modalidade de perícia científica, não deve jamais envolver-se com o discurso da certeza. Caso contrário, ele se desvencilha do campo da investigação propriamente científica e mergulha no campo da religião. A religião, essa sim, possui certezas (dogmas); a ciência, quando muito, versa sobre probabilidades. O exame de DNA, portanto, é mais um aliado da ciência na busca da verdade biológica. Não é o único aliado, podendo, inclusive, ser dispensado ante a comprovação da paternidade por outros meios de prova, muito menos é o aliado suficiente, dadas as suas limitações de análise. Dessa forma, são desacertos em torno da verdade biológica toda apreensão não crítica dos resultados do exame de DNA em cotejo com as demais provas, bem como a sua conversão em etapa imprescindível de toda investigação judicial.”⁽⁴⁴⁾

É certo – e isso não se põe em dúvida – que o exame de DNA traz em si resultados significativos e, até prova em contrário, confiáveis, que poderão, sim, influir no julgamento da ação de investigação de paternidade e na formação (e desconstituição) da coisa julgada. Esses resultados, porém, deverão ser analisados dentro de

⁽⁴¹⁾ SILVA, 2001. p. 74.

⁽⁴²⁾ WAMBIER, 2003. p. 188-189.

⁽⁴³⁾ WAMBIER, 2003. p. 189.

⁽⁴⁴⁾ SILVA, 2001. p. 80.

todo um conjunto probatório a ser realizado no curso da ação, e não como prova única, absoluta, irrefutável e irretorquível em matéria de filiação.

Até porque, no tocante à prova no processo, vige no direito brasileiro o princípio da livre apreciação, um dos corolários do princípio da livre convicção motivada do julgador (ou da persuasão racional, art. 131 do CPC), segundo o qual ao juiz é dado apreciar e valorar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mas deverá indicar expressamente na sentença os motivos que formaram o seu convencimento, sendo certo também que o art. 436 do CPC, consagrando regra complementar a do art. 131, estatui o chamado “princípio da não adstrição do julgador ao laudo pericial”, por meio do qual o juiz não está vinculado ao resultado da perícia, podendo formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos constantes nos autos.

III.5 – A Coisa Julgada na Ação de Paternidade: Segurança Jurídica X Justiça da Decisão

As ações de paternidade são uma das espécies de litígio em que a prova do fato constitutivo que sustenta a ação é mais difícil, vez que envolve inúmeras questões, muitas das quais ligadas à vida íntima do autor, do réu e de seus respectivos familiares.

Em razão disso, o risco de erro na busca pela verdade alegada pelas partes é grande e, não raras vezes, a verdade judicial atestada pela sentença não corresponde à verdade dos fatos que é atestada, nos dias de hoje, pelo exame de DNA.

O choque entre essas duas situações, a princípio aparentemente conflituosas, fez com que a doutrina e a jurisprudência comessem a questionar a autoridade da coisa julgada nas ações de paternidade, ao fundamento de que tal disparidade se caracterizaria como uma situação de extrema injustiça, que não poderia ser eternizada, em nome da segurança e da estabilidade das relações sociais.

Nesse ínterim, a questão da verdade biológica e, por conseguinte, da justiça (ou injustiça) da sentença que julga a paternidade sem amparo em prova pericial genética constituem um dos pontos principais da teoria da relativização da coisa julgada nessa espécie de ação.

Já se teve a oportunidade de demonstrar no presente trabalho que o critério estabelecido pelo legislador para a formação da coisa julgada, no Direito brasileiro, é objetivo e não se prende a questões como a justiça ou injustiça do conteúdo veiculado pela decisão.

O legislador, por razões políticas, opta por estabelecer um momento a partir do qual os litígios entre as partes têm fim e as questões existentes, decididas pelo Poder Judiciário, não podem mais ser objeto de discussão.

Isso se faz de forma a garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, restabelecer a paz social.

A prevalência da segurança jurídica em detrimento da justiça das decisões decorre, portanto, da escolha feita pelo legislador que, entre o risco político de haver

uma sentença injusta no caso concreto e o risco político de instaurar-se a insegurança, a desordem e o caos social, se preocupou em impedir o segundo, embora também não tenha descuidado do primeiro⁽⁴⁵⁾. Tanto assim que, se por um lado assegurou a garantia da intangibilidade da coisa julgada, por outro estabeleceu um complexo sistema recursal, que propicia a discussão, em mais de uma instância, em torno da justiça ou injustiça da decisão.

Quanto a esse aspecto, anota Moacyr Amaral Santos:

“A verdadeira finalidade de processo, como instrumento destinado à composição da lide é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura de justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável.”⁽⁴⁶⁾

Não se questiona, aqui, nenhum desses conceitos. Entretanto, a grande questão que se coloca, quanto a esse aspecto, é que ao garantir indiscutibilidade e imutabilidade a uma decisão que contempla uma realidade distinta da realidade fática a pretexto de garantir a segurança de todos, o sistema acaba por criar um cenário de insegurança e instabilidade na qual a prestação jurisdicional é dada em torno de uma situação inexistente, na qual a resposta que o cidadão recebe do Estado para o seu conflito de interesses não é condizente com a realidade.

Nada, absolutamente nada, pode ser mais inseguro do que se admitir a peregrinação de um instrumento que tem o poder de dizer existente e de tornar eterna e imutável uma realidade que jamais existiu, independentemente de que se faça qualquer juízo de valor em torno da justiça ou da injustiça dessa decisão.

Trata-se de algo extremamente perigoso porque o descompasso entre os fatos e a decisão que gera a insegurança que, por sua vez, traz consigo a desconfiança, a instabilidade, a desarmonia, a desordem e o caos social, além da total descrença nas instituições. Ou seja, exatamente tudo aquilo que a autoridade conferida à coisa julgada tem por função evitar.

Uma decisão que diga que Caio é filho de Tício sem que exista entre eles qualquer tipo de vínculo biológico ou afetivo, muito antes de pacificar a controvérsia existente entre eles para que passem a conviver em harmonia só acirra o litígio que já era latente, além de ter o condão de gerar conflitos com terceiros que eventualmente mantenham relações com cada um deles.

Nesse cenário, admitir a relativização da coisa julgada é medida que se impõe de modo a preservar a sua própria autoridade e a garantir as suas próprias funções como instituto processual.

⁽⁴⁵⁾ NERY Jr., 2004. p. 507.

⁽⁴⁶⁾ Moacyr Amaral Santos apud DELGADO, 2002. p. 91.

III.6 – Parentalidade Socioafetiva x Direito à Filiação Biológica: Relativização?

O estado de filho é “um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição de lei”⁽⁴⁷⁾. E a todo tempo o filho, qualquer filho, tem direito de reclamar em juízo o *status* que lhe compete, não lhe sendo lícito recusar-lhe, em nenhum caso, a proclamação judicial do seu *status*⁽⁴⁸⁾.

Ocorre que, para além do estado de filho decorrente de vínculo biológico, o Direito brasileiro conhece também, por disposição constitucional e por disposição do Código Civil, o parentesco civil e, em doutrina e na jurisprudência, também o parentesco socioafetivo.

A teoria da paternidade socioafetiva ou da desbiologização da paternidade, criada por João Baptista Villela⁽⁴⁹⁾ no final da década de 1970, tem por preceito fundamental que “a relação paterno-filial não se esgota na mera consideração física da hereditariedade sanguínea, mas é feita de laços afetivos, história pessoal pautada por alegrias e tristezas, redes de parentesco, de apoio, de comprometimento, de influência ambiental que a realidade dos testes de identificação genética não podem levar em consideração”⁽⁵⁰⁾.

Destarte, o vínculo de paternidade “não se esgota na fragilidade de um momento capaz de decidir toda uma vida, ou na fecundação do óvulo pelo espermatozoide; ela é experiência de vida, ela evolui e se desdobra com a vida, de acordo com modalidades constantemente imprevistas, cuja constância, precisamente, é a imprevisibilidade”⁽⁵¹⁾.

Ocorre que a partir do momento em que se tornou “direito de toda a criança poder conhecer a sua origem, sua identidade biológica e civil, sua família de sangue”⁽⁵²⁾, que esse direito é considerado um direito fundamental de personalidade, integrante da dignidade humana, ele não poderia “ser afastado nem pelo Poder Judiciário, nem pela sociedade, nem pelo Estado”⁽⁵³⁾:

“A Constituição Federal brasileira, invocando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227). Saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.”

Nesse contexto, a questão que se coloca é: em havendo vínculo afetivo em relação à criança, será que se poderia a relativização da coisa julgada tendo como fundamento o vínculo biológico?

⁽⁴⁷⁾ WELTER, 2002. p. 94.

⁽⁴⁸⁾ PEREIRA, 2004. p. 361.

⁽⁴⁹⁾ VILLELA, 1979.

⁽⁵⁰⁾ LEITE, 1999. p. 193.

⁽⁵¹⁾ LEITE, 1999. p. 193.

⁽⁵²⁾ Rolf Madaleno apud WELTER, 2002. p. 96.

⁽⁵³⁾ WELTER, 2002. p. 126.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pelegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Título original: Efficacia ed autorità della sentenza.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 133-156, out./dez. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, p. 142-162, jan./mar. 2004.
- NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.
- _____. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 22, p. 5-13, mar./abr. 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa. *Revista jurídica*, n. 316, p. 7-18, fev. 2004.
- SILVA, Reinaldo Pereira. O exame de DNA e sua influência na investigação de paternidade biológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 783, p. 65-84, jan. 2001.
- SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5. ed. Porto Alegre: Juruá, 1996.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- _____. Prova – princípio da verdade real – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 5-23, out./dez. 1999.
- _____; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa julgada inconstitucional. In: _____. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- VILLELA, J.B. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, p. 401-419, 1979.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO – A FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES QUE FIXAM OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Magno Federici Gomes

Advogado; Pós-Doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal; Pós-Doutor em Direito Civil e Processual Civil; Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha; Mestre em Educação pela PUC Minas; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Padre Arnaldo Janssen; Professor do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário UMA; Professor Adjunto da PUC Minas.

Bianca Boroni Soares

Advogada.

RESUMO

O presente artigo realizou um estudo teórico a respeito da errônea praxe forense de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, sem exposição suficiente das razões que orientaram o magistrado na estipulação do valor condenatório, não obstante a determinação constitucional de que toda e qualquer decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Realizou-se exame desse paradoxo, sob um prisma jurídico-dogmático, por meio de subsídios legais e doutrinários que embasaram a formulação do entendimento da imprescindibilidade de motivação nas decisões que arbitram a verba honorária nos processos. Foi possível perceber que as decisões, em que há fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, desacompanhadas de suas respectivas motivações, são absolutamente nulas, diante da norma contida no art. 93, IX, da CR/88. Analisaram-se, também, as possibilidades derivadas da referida conduta por parte do julgador.

Palavras-chave: Direito Constitucional e Processual. Honorários Advocatícios Sucumbenciais. Necessidade de Fundamentação. Nulidade Absoluta. Possibilidades Procedimentais.

ABSTRACT

This article conducted a theoretical study concerning the forensic erroneous practice of setting attorneys sucumbencial fees, without exposure of the reasons that guided the judge in the stipulation of the value, despite the constitutional determination that any decision should be based, upon penalty of nullity. The examination of this paradox is under a legal-dogmatic prism, through which grants legal and doctrinal based formulation of the necessity of motivation in the decisions that set the sucumbencial fees. It was possible to see that the delivery of decisions, that setting the attorneys sucumbencial fees, unaccompanied of their motivations, are absolute nil, given the standard expressed in the

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pelegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Título original: Efficacia ed autorità della sentenza.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 133-156, out./dez. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, p. 142-162, jan./mar. 2004.
- NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.
- _____. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 22, p. 5-13, mar./abr. 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa. *Revista jurídica*, n. 316, p. 7-18, fev. 2004.
- SILVA, Reinaldo Pereira. O exame de DNA e sua influência na investigação de paternidade biológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 783, p. 65-84, jan. 2001.
- SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5. ed. Porto Alegre: Juruá, 1996.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- _____. Prova – princípio da verdade real – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 5-23, out./dez. 1999.
- _____; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa julgada inconstitucional. In: _____. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- VILLELA, J.B. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, p. 401-419, 1979.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.