

ASPECTOS RELEVANTES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

SUBSTANTIAL ASPECTS OF THE RES JUDICATA IN FAMILY ACTIONS UNDER THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

*José Sebastião de Oliveira**
*Wilton Boigues Corbalan Tebar***

RESUMO

A problemática central é destinada a observar quais os reflexos do advento do CPC/2015 quanto à incidência da coisa julgada nas relações familiares, razão pela qual o objetivo central se destina a investigar o conteúdo material das relações familiares quanto à revisitação de temas processuais para a formação da coisa julgada. A obtenção destas novas premissas teóricas é de suma importância, uma vez que as relações familiares são reguladas por normas cogentes, de ordem pública, notadamente os deveres jurídicos, verbas alimentares e grande incidência da dignidade da pessoa humana. Faz incursão quanto aos vocábulos processo, procedimento, relação jurídica processual, coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, sentença, estabilização decorrente da coisa julgada, alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade para propor o

* Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito de Maringá (1973), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor da graduação, pós-graduação *lato sensu* e pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil. E-mail: drjso@brturbo.com.br.

** Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderpe. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil da graduação dos cursos de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: wiltonteb@hotmai.com.

melhor arranjo científico entre eles. Neste contexto, o trabalho se utiliza do método dedutivo, pois faz a revisitação conceitual dos temas acima expostos, mediante análise teórica, razão pela qual as premissas obtidas têm caráter geral e devem nortear toda a análise referente a casos idênticos, quanto à demonstração do efeito da coisa julgada na estabilização das relações de direito material familiares. Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 confere nova roupagem para a coisa julgada nas relações familiares, notadamente pela revisitação e aprimoramento dos institutos processuais como contraditório e procedimento.

Palavras-chave: Processo; Coisa julgada; Estabilização; Relativização; Família.

ABSTRACT

The central problem is designed to observe the impact of CPC/2015 on the incidence of res judicata in family relationships, which is why the central objective is to investigate the material content of family relationships as to the revision of procedural themes for the formation of res judicata. The achievement of these new theoretical premises is of paramount importance, since family relations are regulated by cogent norms, of public order, especially legal duties, food subsidies and high incidence of the dignity of the human person. It makes an incursion as to the word process, procedure, juridical processual relationship, res judicata, preclusive efficacy of res judicata, sentence, relativization of res judicata, food, custody, visit and paternity investigation to propose the best scientific arrangement among them. In this context, the work uses the deductive method, because it makes the conceptual review of the above subjects, through theoretical analysis, which is why the premises obtained have a general character and should guide all the analysis referring to identical cases, as the demonstration of the effect of the thing judged in the stabilization of familiar relations of material law. It is concluded that the Code of Civil Procedure of 2015 confers new clothing for the thing judged in family relations, notably for the revisitation and improvement of the procedural institutes as contradictory and procedure.

Keywords: Law process; Res judicata; Stabilization; Minimization of the effects; Family.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira passou por transformações ideológicas e culturais ao longo do tempo, permitindo a evolução da ciência jurídica como consectário lógico da modificação de seu objeto. A ciência jurídica, portanto, possibilitou ao seu instrumento de observação a aplicação de normas neste cenário coletivo, objetivando a regulação das relações sociais. Neste contexto, se a sociedade deve entregar a análise de seu direito ao Judiciário e aceitar sua decisão como correta,

de modo a sujeitar sua vontade a uma pretensão que lhe é contrária, é necessário que exista um instituto jurídico hábil para a estabilização destas relações sociais, somente obtida pelo contraditório entre os sujeitos processuais.

Esta forma de analisar o processo respaldou-se na observância do Princípio da Segurança Jurídica, pois a estabilização das relações sociais incutiu na sociedade uma sensação de segurança em razão da existência de um órgão estatal responsável por dizer quem possui o melhor direito nos conflitos existentes, e que esta decisão amparada pela coisa julgada não seria mais modificada. O contraditório, nesses termos, é essencial para a ocorrência da coisa julgada, pois, para o provimento jurisdicional se tornar imutável, as partes devem participar efetivamente dos atos e influenciar na decisão final.

Para promover a estabilização das relações sociais e conferir aplicabilidade concreta ao princípio da Segurança Jurídica, como dito linhas acima, o Estado necessita de um instrumento capaz de atender às peculiaridades do caso concreto envolvendo os cidadãos em conflito, de modo a impor a sujeição de vontade àquele que não cumpre voluntariamente a conduta determinada no direito positivo. O processo, portanto, deve possuir características próprias que o legitimem como instrumento de estabilização das relações sociais. Este instrumento deve possuir regras próprias capazes de efetivar esta sujeição de vontade entre os litigantes processuais determinada pelo provimento jurisdicional.

Um dos institutos que possibilita essa legitimação é o fenômeno da coisa julgada, notadamente quando aplicada em temas sensíveis, como o Direito de Família. A coisa julgada, neste contexto, é um dos temas mais fascinantes do Processo Civil, pois a identificação e conjugação de seus elementos formadores [premissas teóricas de legitimação] têm papel fundamental quando aplicadas no Direito de Família. Este ramo, por sua vez, possui particularidades específicas em suas relações jurídicas materiais que determinam a orientação da aplicação das premissas teóricas de legitimação do instituto da coisa julgada.

O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, sendo a jurisdição uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, se o procedimento se desenvolve de forma saudável, respeitando o contraditório, tem-se a fórmula para a legitimação teórica da coisa julgada.

Não obstante o regramento da segurança jurídica, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticas as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado, hipótese não admitida no ordenamento jurídico como regra geral em detrimento das regras de mitigação da estabilidade

das relações sociais. De se afirmar que a coisa julgada foi ampliada com o advento do Código de Processo Civil de 2015, ao atingir a fundamentação das decisões judiciais. Quais os reflexos, portanto, do advento do CPC/2015 quanto à incidência da coisa julgada nas relações familiares? O objetivo central se destinou a investigar o conteúdo material das relações familiares quanto à revisitação de temas processuais para a formação da coisa julgada. A relevância da obtenção destas novas premissas teóricas é de suma importância, uma vez que as relações familiares são reguladas por normas cogentes, de ordem pública, notadamente os deveres jurídicos, verbas alimentares e grande incidência da dignidade da pessoa humana.

Buscou-se investigar o conteúdo científico de signos linguísticos processuais que legitimam a coisa julgada. Para tanto, revisitou-se o significado de Processo, procedimento, relação jurídica processual, demonstrando qual a importância de cada um deles para a formação da exata noção do conteúdo da coisa julgada. Definiu-se o conteúdo do signo coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, sentença e relativização/mitigação da estabilização decorrente da coisa julgada. E mais, buscou demonstrar qual a importância deste instituto para o ordenamento jurídico pátrio, notadamente pelo novo regramento do Código de Processo Civil de 2015.

Investigaram-se os efeitos da coisa julgada sobre as relações jurídicas materiais de Direito de Família atinentes aos alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade para, num momento posterior, concluir qual a conjugação científica mais adequada para estes dois temas, tendo em vista a necessidade de estabilização das relações sociais familiares. Ocorre que a coisa julgada nas relações familiares é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro, notadamente quando se observam elementos de relação continuativa nas ações de alimentos.

O referencial teórico utilizado para a formulação das premissas apresentadas pauta-se nos grandes processualistas pátrios, como Antônio Cabral, Nelson Nery, Cassio Scarpinella, Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro, entre outros. Quanto às premissas de Direito Material, os referenciais foram as contribuições de José Sebastião de Oliveira, Valéria Galdino, Yussef Cahali, Orlando Gomes, José Orlando Rocha, entre outros renomados civilistas do Direito Pátrio.

O método utilizado foi o dedutivo, pois a revisitação e o consequente aprimoramento dos institutos processuais forneceram uma premissa teórica de legitimação para o instituto da coisa julgada, bem como a aplicação destas premissas para as relações jurídicas materiais de Direito de Família, permitindo a obtenção de uma premissa geral a ser observada nos casos práticos deste domínio, quanto à demonstração do efeito da coisa julgada na estabilização das relações de direito material familiares.

ASPECTOS PROCESSUAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA

Alguns aspectos processuais são fundamentais para a legitimação teórica da ocorrência do fenômeno da coisa julgada, tais como o conteúdo jurídico do termo processo, relação jurídica, procedimento e contraditório, razão pela qual a coisa julgada somente se manifesta em sua plenitude com a observância destas figuras jurídicas.

No estado moderno, foi proibida a justiça de mão própria. Isto significa que, no estado moderno, as pessoas foram proibidas de resolver, por si sós, os seus conflitos. Exatamente pelo fato dessa proibição, o Estado avocou para si o dever de resolver os conflitos de interesses ou de criar institucionalmente formas de resolvê-los.¹ Em outras palavras, o Estado deve criar uma função que tenha por objetivo solucionar conflitos de interesses. Neste contexto, surge a ideia de jurisdição, já que é exatamente a função do Estado destinada à solução dos conflitos. Todavia, é difícil desenvolver qualquer atividade sem o emprego de um método. A jurisdição é uma atividade como outra qualquer, e se criou um método para sua atuação, qual seja o processo. O processo, então, é o método criado para a atuação da jurisdição.²

Mas essa visão, embora correta, é uma visão muito geral do processo. Tecnicamente, processo é uma relação jurídica composta por três sujeitos processuais: o demandante, o demandado e o estado-juiz, com incidência do contraditório, e que se exterioriza pelo procedimento. Para a relação ser qualificada como jurídica, dela devem decorrer determinadas consequências, com determinadas características, como deveres, obrigações e ônus. Então, a relação é jurídica porque dela decorrem posições jurídicas. Portanto, a relação jurídica é um vínculo entre pessoas que tem consequências jurídicas,³ e as consequências jurídicas são as posições subjetivas, como direitos, obrigações, ônus.

Para que se fale em relação, o primeiro raciocínio a se fazer é: eu posso considerar algo ou alguém em si mesmo ou fora de si mesmo. As pessoas podem ser consideradas em si mesmas, mas elas também podem ser consideradas fora de si mesmas, mas, nesse caso, não há somente uma pessoa, além do eu, há também o tu. Quando vai se considerar algo ou alguém fora de si mesmo, exatamente porque surge o segundo termo, necessariamente tem que se admitir que entre o eu e o tu existe um intervalo comum. Este intervalo entre os termos de consideração pode ser composto de determinadas características, e essas

¹ FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, preempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: RT, 2001. p. 21.

² CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo. Rivista di Diritto Processuale*, 1960: “o processo serve ao direito, mas, para que sirva ao direito, deve ser servido pelo direito”.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

características formam a relação.⁴ Portanto, a relação é o intervalo que separa os termos que estão sendo considerados e as características desse intervalo. Em outras palavras, a relação é o intervalo que separa as pessoas em consideração e as características deste intervalo.

Entretanto, considerando o demandante fora de si mesmo, envolvendo-se o estado juiz e o demandado, há uma distância entre eles que tem características. O demandante tem direitos e deveres para com o Estado e que repercutem no demandado e vice-versa. Forma-se, portanto, uma relação jurídica entre eles.

O contraditório

O vínculo entre os sujeitos processuais não é estático, razão pela qual entra em cena o contraditório, porque é este quem dá dinamicidade⁵ a esta relação, uma vez que pressupõe ciência, reação e envolve os sujeitos do processo.

O contraditório é um princípio. Se o contraditório é um princípio (norma), qual é o estado ideal de coisas que deve ser promovido neste caso? O contraditório era limitado à ideia de ciência e possibilidade de reação. Isto é, contraditório é ter ciência (bilateral) dos atos do processo e ter a possibilidade de reagir a eles (contrariá-los).⁶ Esse conteúdo jurídico de contraditório não é equivocado, mas é insuficiente, incompleto. É incompleto porque o contraditório revela que os sujeitos do processo, todos eles, têm o mesmo objetivo, que é a solução do litígio, claro que de maneiras diferentes. Então, ao ficar só no binômio, deixa transparecer que o juiz não partilha desse objetivo, além do que, perde-se de vista um aspecto essencial, já que essa ciência e possibilidade só têm sentido se o processo alcançar esse objetivo. Portanto, o contraditório também é o envolvimento dos sujeitos do processo para a solução do litígio (objetivo comum).⁷

Sendo assim, o estado ideal que deve ser promovido é assegurar a ciência dos atos do processo e a possibilidade de reagir a eles (contrariá-los), bem como o envolvimento dos sujeitos do processo, visando à solução do litígio.⁸ Neste contexto, o contraditório tem papel determinante para a coisa julgada, pois somente um processo saudável que respeite este princípio terá o condão de legitimá-la,⁹ estabilizando aquela relação jurídica.

⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 192.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 20.

⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 44.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*, cit., p. 20.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 32.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 12.

O procedimento

O processo, como visto, é uma relação jurídica¹⁰ que possui três sujeitos processuais: o demandante, o demandado e o estado-juiz pelo contraditório e que se exterioriza pelo procedimento. O procedimento exerce duas funções básicas: a) dar unidade ao processo; e b) conferir segurança jurídica.

O procedimento enquanto unidade significa dizer que se trata do esqueleto do processo, o arcabouço do processo.¹¹ Ora, os direitos, deveres, poderes (posições jurídicas subjetivas) que os sujeitos do processo têm não são exercitados aleatoriamente, mas, sim, em determinado momento processual, e esse momento é determinado pelo procedimento. Assim, todas essas posições jurídicas são organizadas por meio desta estrutura, que é o procedimento. Portanto, ao dar unidade ao processo, o procedimento exerce uma base para o exercício das posições jurídicas subjetivas,¹² isto é, o juiz tem o poder de proferir uma sentença, que deve ser realizada em momento oportuno, e o momento indicado é justamente o procedimento.

O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, sendo a jurisdição uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, por meio do procedimento, a atuação jurisdicional passa a ser previsível.¹³ Por exemplo, sabe-se que, depois da sentença proferida pelo juiz, seguir-se-á o procedimento para recursos.

Há uma discussão muito atual da ciência do processo no que se refere à flexibilização do procedimento, que será retomada na segunda parte deste artigo, quando trata da coisa julgada nas ações de família. Procedimento, como já dito, confere segurança jurídica ao processo. Acontece que, toda vez que se superdimensiona ou se supervaloriza a segurança jurídica, pode haver o comprometimento de um valor maior, qual seja a justiça. Observe que, ainda que se busque regular os assuntos referentes à vida em sociedade, não se podem contemplar todas as situações que podem concretamente acontecer. Assim, pode haver casos não previstos que extrapolam os limites do procedimento. A flexibilização do procedimento é conferir poder ao juiz de adaptar o procedimento às circunstâncias do caso. Portanto, o procedimento que respeita o contraditório

¹⁰ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte), p. 103.

¹¹ RODRIGUES, Horário Wanderlei. Acesso à justiça no Estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: Sales, Lília Maia de Moraes; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 245.

¹² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 44.

¹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010. p. 17.

legítima a coisa julgada, que decorre do provimento jurisdicional, que resolve o mérito processual.¹⁴ Para tanto, analisar-se-á a figura jurídica do signo sentença para, posteriormente, associá-la à figura da coisa julgada.

A sentença

Pode-se definir sentença como o ato do juiz que tem como conteúdo as matérias do artigo 485¹⁵ ou 487¹⁶ do CPC e encerra a fase procedimental. Na sentença do artigo 487 do CPC, há a solução do litígio ou, em outras palavras, o juiz acolherá ou rejeitará a pretensão do autor, isto é, o juiz dirá se o autor possui ou não razão. A importância principal desta distinção é a de que, se a sentença não solucionou o litígio, não se pode afirmar que o objeto litigioso do processo não poderá ser objeto de nova discussão, já que o mérito não foi resolvido.

Assim, a sentença do artigo 485 do CPC não transita em julgado (materialmente), isto é, não faz coisa julgada material, mas somente formal, porque não houve a solução do litígio. Já a sentença do artigo 487 do CPC é apta a fazer coisa julgada material, porque o litígio foi resolvido, e a tendência é que se torne imutável, privilegiando a segurança jurídica. No entanto, deve-se investigar neste momento qual o elemento da sentença que tem o condão de gerar a coisa julgada. Sabe-se que a sentença é composta por três elementos: a) relatório; b) fundamentação; e c) dispositivo.

a) O relatório é a parte da sentença em que o juiz noticia os principais atos processuais ocorridos durante o procedimento. O relatório tem o escopo de conferir uma lógica ao discurso jurídico que será desenvolvido pelo juiz. Isso

¹⁴ HOLANDA, Marcos de. A teoria geral do processo sob um enfoque sociológico. In: Sales, Lília Maia de Moraes; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 412.

¹⁵ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código” (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

¹⁶ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção” (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

porque quem for ler a sentença tem que ser capaz de compreender o litígio que ali foi colocado, e a compreensão deste litígio é dada pelo relatório.

O fundamento constitucional da fundamentação suscita grande riqueza teórica. Na perspectiva do juiz, a fundamentação é um dever imposto constitucionalmente pelo artigo 93, IX,¹⁷ e no artigo 489¹⁸ do Código de Processo Civil de 2015. Na ótica das partes, a fundamentação é um direito. A fundamentação é de extrema relevância porque é por meio de sua análise que se determina o ponto alto da incidência do princípio do contraditório. São duas razões que justificam essa afirmativa:

A fundamentação é o enfrentamento, por parte do juiz, das alegações feitas pelas partes. Não teria nenhum sentido em preservar o contraditório e dispensar o juiz de apreciar a matéria que adveio em razão do exercício do contraditório;¹⁹ caso contrário, isso seria a negação do próprio contraditório.

Portanto, é na fundamentação que se vai observar que as partes fizeram suas alegações e o juiz as enfrentou. Em outras palavras, é na fundamentação que o juiz vai enfrentar o que foi alegado pelas partes, alegações estas fruto do contraditório. O contraditório é quem dá legitimidade à solução dada pelo poder judiciário,²⁰ devendo ser compreendido de uma maneira muito ampla. Além de

¹⁷ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

¹⁸ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

¹⁹ SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 316.

ser representado pela ciência e possibilidade de reação, o contraditório ainda exige um envolvimento dos sujeitos do processo para a solução da lide.

O envolvimento dos sujeitos é relevante porque a estrutura social repousa sobre o Estado Democrático de Direito, e, sendo a jurisdição uma atividade desse Estado, manifesta-se nesta atividade, uma marca desta democracia, isto é, observa-se um comprometimento com a democracia na medida em que se pressupõe a participação das pessoas nos atos relacionados ao exercício do poder.

Veja então que, no resultado do processo, houve a participação dos interessados naquele fim, por meio do contraditório. Em outras palavras, é o contraditório que confere às partes a possibilidade de interferir no resultado do processo.²¹ Se o comprometimento com a democracia exige a participação das pessoas nos atos relacionados ao exercício do poder (sendo a jurisdição um deles), e se esta participação é proporcionada pelo contraditório, pode-se concluir que é o contraditório quem dá legitimidade à solução dada pelo poder judiciário.

Então, nesta visão mais ampla de contraditório, os sujeitos do processo estão envolvidos na solução do litígio. Mas onde o juiz vai expor por que ele tem que decidir neste ou naquele sentido? Na sentença, na parte da motivação (fundamentação). Pode-se concluir que fundamentação é as razões que o juiz apresenta para justificar as soluções por ele apresentadas. Trata-se da parte da sentença em que o juiz resolve as questões relevantes para o desfecho da causa e aprecia os pontos relacionados às matérias de ordem pública.

c) Dispositivo: se a fundamentação está ligada com a causa de pedir, o dispositivo está ligado ao pedido. Assim, o autor faz o seu pedido, o réu, em regra, oferece somente resistência ao pedido, e na sentença tem-se o dispositivo. Dispositivo é a parte da sentença em que o juiz acolhe ou rejeita a pretensão. O autor deduz uma pretensão, e o réu, como regra, só resiste ao que foi pedido. O juiz, para solucionar o conflito, deve acolher ou rejeitar o pedido, e faz isso no dispositivo.

Note, então, que o caminho lógico até a coisa julgada é complexo. Tem-se uma relação jurídica que se manifesta pelo procedimento em que é oportunizado às partes o devido processo legal, com ênfase no contraditório, que se encerra na sentença proferida pelo Magistrado. A perfeição deste caminho é que legitima a coisa julgada.

NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA

A coisa julgada é uma opção política, ou seja, o ordenamento jurídico pode, em tese, não contemplar a coisa julgada, pois esta não é inerente à natureza das

²¹ MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 155.

coisas. Essa opção política é tomada levando-se em conta valores como justiça e segurança jurídica. Quando se pensa só em justiça, geralmente a segurança jurídica²² fica enfraquecida. Se o critério for somente o de justiça, qualquer pronunciamento judicial deveria ser sempre revisto, porque, se ele for injusto, deve ser modificado, não importando há quanto tempo foi pronunciado. Por outro lado, ao prestigiar a segurança, perde-se em justiça, porque há casos em que os pronunciamentos devem ser modificados, modificação esta oportunizada por um determinado período de tempo, pois são injustos.

Então, o que se tem que buscar é um equilíbrio entre estes valores.²³ Quando se faz opção da coisa julgada, deve-se justamente buscar esse equilíbrio, já que, às vezes, admite-se a discussão da coisa julgada, mas às vezes ela tem que ficar imutável. Provisoriamente, coisa julgada se traduz na imutabilidade do pronunciamento jurisdicional.²⁴ Têm-se duas formas de explicar esse fundamento constitucional:

a) a coisa julgada se encontra no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.²⁵ Como se vê, este dispositivo menciona categoricamente a coisa julgada. Sendo assim, ela foi consagrada na constituição, sendo este o seu fundamento constitucional. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, quando interpreta este artigo, afirma se tratar apenas de uma regra de direito intertemporal, isto é, para o STF, esse dispositivo incide somente numa situação, qual seja discutir a aplicação de uma norma no tempo.

Em outras palavras, este dispositivo dá o seguinte recado ao legislador: você pode editar normas, inovar na ordem jurídica e até retroagir sobre fatos passados, mas você não pode retroagir para se estiolar a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Portanto, trata-se de uma garantia do cidadão contra o estado, mas que se restringe a uma regra de direito intertemporal. Então, existe uma garantia de que, se o Estado for editar normas gerais e abstratas (legislar), pode-se retroagir com essa norma, desde que respeite a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, mas ele próprio (o dispositivo constitucional em tela) não fundamenta a coisa julgada.

Sendo assim, é só neste contexto que incide este dispositivo constitucional. Como se vê, este dispositivo não consagra a coisa julgada, pela qual um dia os

²² CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *Coisa julgada e crítica a sua “relativização”*. Brasília: The-saurus, 2012. p. 122.

²³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71.

²⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: que coisa julgada é essa?* Disponível em: <www.academia.edu/11607736/Novo_CPC_Que_coisa_julgada_é_essa>. Acesso em: 3 jun. 2015. p. 4.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

pronunciamentos judiciais devem ficar imutáveis, mas apenas diz que, se existirem pronunciamentos imutáveis, a lei não pode retroagir para atingi-los. Desse entendimento do STF decorre que não se pode afirmar que o ordenamento constitucional prestigiou a coisa julgada a ponto de não poder modificá-la, isto é, a ponto de torná-la imutável. Isto tem muita relevância porque, em caso de não observância, pelo juiz, da coisa julgada já existente, não se poderia utilizar como fundamento de recurso extraordinário a aplicação deste dispositivo, pois o Supremo o entende apenas como regra de aplicação de uma norma no tempo, e não como fundamento constitucional da coisa julgada.

b) Princípio do Estado Democrático de Direito: a segunda corrente encontra fundamento constitucional para a coisa julgada a partir do princípio do Estado Democrático de Direito. Princípio no sentido de apontar para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem que tenha havido a descrição da conduta necessária para tanto. Esse princípio retrata a segurança jurídica. A segurança jurídica, então, é um elemento que compõe o Estado Democrático de Direito. Segurança jurídica é previsibilidade, principalmente da atuação estatal. Considerando que a atividade jurisdicional é uma ação estatal, a previsibilidade desta se traduz na imutabilidade do pronunciamento jurisdicional (coisa julgada). Portanto, a imutabilidade é uma forma de se chegar à previsibilidade, isto é, a coisa julgada é justamente a previsibilidade da atividade jurisdicional. E a previsibilidade decorre da segurança jurídica, que, por sua vez, está abrangida pelo estado ideal de coisas a ser promovido pelo princípio do Estado Democrático de Direito.

Note, por derradeiro, que, se o legislador interferir na coisa julgada, não se tem necessariamente uma inconstitucionalidade. É neste contexto, então, que se insere a discussão da mitigação da estabilização decorrente da coisa julgada. Portanto, coisa julgada é a qualidade consistente na imutabilidade do conteúdo da decisão de mérito²⁶ para aquela determinada situação. Coisa julgada é uma qualidade.²⁷ Qualidade é um adjetivo que se agrega a um substantivo para caracterizá-lo. Se a coisa julgada é uma qualidade, ela se agrega a algo, que é justamente a sentença. Dessa forma, coisa julgada consiste na imutabilidade da sentença.

Coisa julgada e os limites da demanda

Pode-se afirmar que a coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Num sentido contrário, não se pode tratar de coisa julgada se se tem situação diversa daquela que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Dessa forma, afirma-se que, em relação à coisa

²⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, cit., 2013.

²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). São Paulo: RT, 2015. p. 1294.

julgada, incide a cláusula *rebus sic stantibus*, porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário.

Importante indicativo da constatação da situação jurídica é oferecida pelos elementos da demanda. Não é raro que a causa de pedir se altere e, neste caso, não se pode alegar coisa julgada, porque não se trata mais da mesma situação, mas de outra diversa. É muito comum afirmar que a sentença que julga alimentos não transita em julgado. Isto, do ponto de vista teórico, não é válido, porque na verdade há coisa julgada. Acontece que, como a relação de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação. Por exemplo, aquele que precisava de muito pode não precisar mais de nada. Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação²⁸. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.

Da eficácia preclusiva da coisa julgada

O termo preclusão é equivocado, pois pode representar mais de um significado. Numa primeira acepção, preclusão representa perda de uma faculdade processual. Já o outro significado remete a uma consequência da coisa julgada. A eficácia preclusiva ou princípio do deduzido e dedutível se enquadra na segunda acepção do termo preclusão. Então, o vocábulo preclusão, aqui, é uma mera coincidência, não tem nada a ver com o sistema de preclusão, isto é, o efeito preclusivo não se confunde com perda de uma faculdade processual.

Coisa julgada é a qualidade consistente na imutabilidade do conteúdo da sentença para determinada situação, e uma consequência desta imutabilidade é a impossibilidade de rediscussão deste conteúdo. Isso é detectado valendo-se da teoria dos elementos da demanda. Assim sendo, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticos as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado.²⁹

Note que a coisa julgada depende, de certa forma, para que ela não seja violada, da teoria da identidade dos elementos da ação. Em outras palavras, para que aquela consequência negativa se opere, isto é, a impossibilidade de rediscussão da matéria já decidida, de certo modo, ela depende da teoria da identidade dos elementos da ação. Vê-se, portanto, que a objeção de coisa julgada protege a coisa julgada de ataques diretos e depende decisivamente da teoria dos elementos

²⁸ DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. In: ALVIM, Angélica Arruda et al. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 614.

²⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1222.

da demanda (partes, causa de pedir e pedido), já que é por meio desta teoria que se detectará se alguém está tentando ou não violar a coisa julgada.

Acontece que esse caminho jurídico só consegue proteger a coisa julgada de ataques diretos, isto é, ataques desferidos com os mesmos elementos. Agora, às vezes, existem alguns ataques que são indiretos, isto é, ataques em que se podem até ter as mesmas partes, mas são mudados os outros elementos, e também está tentando desfazer aquilo que está imutável. Nestes casos, não se pode invocar a objeção de coisa julgada se os elementos da nova demanda não foram idênticos àqueles da demanda em que se proferiu a sentença transitada em julgado.³⁰ Por essa razão, a objeção de coisa julgada não assegura nenhuma proteção à coisa julgada contra ataques indiretos, ou seja, ataques em que não exista coincidência entre os elementos da nova demanda e aqueles elementos da demanda em que foi proferida sentença transitada em julgado.

Considere-se uma ação em que João foi réu de ação de cobrança. Na contestação, João suscitou uma só defesa (prescrição). O juiz rejeita a prescrição da pretensão do autor. A sentença transita em julgado. João perdeu e paga o valor. Depois, João encontra o recibo daquela dívida e entra com ação de repetição de indébito, porque ele pagou indevidamente e quer o valor de volta. Aqui a causa de pedir é outra, porque está fundada no pagamento indevido. Assim, somente com base na teoria dos elementos da demanda³¹ a questão poderia ser novamente discutida, já que a coisa julgada não estaria sendo violada diretamente. Entretanto, indiretamente ela poderia ser violada, já que o reconhecimento da procedência do seu pedido desconsideraria aquela sentença que contra ele foi proferida.

Para evitar esses ataques indiretos é que existe o efeito preclusivo da coisa julgada. Este efeito torna irrelevantes todas as defesas que foram deduzidas, e aquelas que poderiam ter sido, mas não foram. Em outras palavras, torna irrelevantes todas as alegações de uma mesma causa de pedir que foram apresentadas, bem como aquelas que poderiam ter sido apresentadas, mas não foram. Incide o chamado “princípio do deduzido e do dedutível”, já que passam a ser irrelevantes todos os assuntos deduzidos, bem como aqueles dedutíveis, mas que não foram deduzidos.

Em suma, o efeito preclusivo da coisa julgada, ou princípio do deduzido e do dedutível, visa impedir exatamente os ataques indiretos à coisa julgada. Em razão desse efeito, passam a ser irrelevantes todos os fundamentos de defesa e todos os argumentos relativos à causa de pedir que foram deduzidos no processo e aqueles que poderiam ter sido deduzidos (dedutíveis), mas que, por qualquer razão, não o foram. Note que não é certo afirmar que esses fundamentos ficam

³⁰ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 156.

³¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005 p. 68.

imutáveis, o que acontece é que esses argumentos ou fundamentos não utilizados passam a ser irrelevantes, por conta da imutabilidade da situação a que se referem.

Essa era a sistemática vigente no Código de Processo de 1973, isto é, a coisa julgada pairava sobre o dispositivo da sentença,³² razão pela qual a fundamentação não era alcançada pela coisa julgada, exceto se o autor promovesse ação declaratória incidental para atingir as questões prejudiciais a serem discutidas no processo. Ocorre que, nos termos do Código de Processo Civil, essa dinâmica foi alterada, razão pela qual a fundamentação passou a sofrer a incidência da coisa julgada, conforme será analisado no tópico seguinte.

Os motivos da decisão e o novo regramento do Código de Processo Civil de 2015

Note o comando atinente à coisa julgada:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que *torna imutável e indiscutível* a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal³³ (grifo nosso).

Deste conceito podem-se extrair alguns pontos relevantes:

a) “questões”: a causa de pedir é composta por pontos, que são afirmações de fato ou de direito. De outro lado, os fundamentos da defesa também são compostos por pontos, que são de fato ou de direito. Da resistência entre os pontos controversos nascem as questões. Sendo assim, fundamentação é a parte da sentença em que o juiz resolve os pontos controvertidos. Entretanto, o juiz não resolve todas as questões, mas somente as relevantes para o desfecho da causa.

b) questões “relevantes para o desfecho da causa”: questão relevante para o desfecho da causa é aquela que pode influenciar no acolhimento ou rejeição do

³² RAMOS NETO, Newton Pereira. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 440.

³³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015.

pedido. Assim, é fundamental perceber que só existe fundamentação quando a sentença resolver alguma situação relevante para a causa.

c) “aprecia os pontos relacionados às matérias de ordem pública”: existem alguns assuntos que, mesmo não tendo se transformado em questões,³⁴ podem interferir no desfecho da causa, pelo fato de o juiz poder conhecê-los de ofício. Entretanto, devido à nova visão do contraditório, ainda que possa resolver esses assuntos de ofício, espera-se que o juiz os submeta ao contraditório.

Afirma-se, pela atual sistemática, que a fundamentação, além do dispositivo, também faz coisa julgada quando preencher os requisitos do § 1º do artigo 503, e que este efeito seria automático caso houvesse subsunção em relação aos fatos concretos e estaria expressamente consubstanciada na expressão “torna indiscutível a decisão”.³⁵ Conclui-se que a coisa julgada operada na fundamentação³⁶ de uma sentença é corroborada por todo o caminho proposto até o presente momento, pois somente se manifesta após o contraditório³⁷ na relação jurídica durante todo o procedimento.

Relativização da coisa julgada: mitigação da estabilidade das relações já decididas pelo Poder Judiciário

A relativização da coisa julgada trata da possibilidade de se rediscutir uma sentença que já transitou em julgado. Acontece que, na verdade, o ordenamento jurídico já contempla situações em que se pode rediscutir o que já transitou em julgado, isto é, a coisa julgada não é um instituto absoluto. Por exemplo, a ação rescisória tem como primeiro requisito uma sentença transitada em julgado. No entanto, quando se fala em relativização, tem-se a rediscussão da sentença que já transitou em julgado fora desses casos que já são admitidos pelo ordenamento jurídico. Relativiza-se o que já é relativizado pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, embora não seja uma terminologia feliz, relativização significa casos em que, mesmo o ordenamento jurídico não aceitando qualquer forma de ataque ou alteração da coisa julgada, discute-se a possibilidade da sua modificação nesse âmbito.

Esse debate acerca da “relativização” da coisa julgada surge a partir de precedentes jurisprudenciais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, que tratam de dois temas: direito de família e desapropriação. Uma parte do direito

³⁴ ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora*. Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 601-611.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada a resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6. n. 1, 2015. p. 87.

³⁶ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 59.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme et al. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 591.

de família está ligada ao estabelecimento ou não do vínculo de filiação. O vínculo de filiação pode ser obtido por exame de DNA, que oferece um alto grau de probabilidade. Entretanto, este exame é uma conquista recente, de modo que, durante muitos anos, julgou-se ação de investigação de paternidade sem exame de DNA. Existiam, na época, a prova testemunhal e o HLA (que somente excluía ou apontava a paternidade).

Diante dessa circunstância, em muitas situações tinha-se uma sentença transitada em julgado reconhecendo o vínculo de filiação. Transitada em julgado, veio o exame de DNA, cuja sentença dizia que havia vínculo, mas que o DNA reconhecia que o indivíduo não era pai. É desse debate que surge a relativização da coisa julgada. Vê-se que esse debate traz ínsito em si a disputa de dois valores importantes: segurança jurídica e justiça.

Quanto à desapropriação, o caso líder, ou *leading case*, que envolvia o estado de São Paulo, que tinha que pagar uma vultuosa indenização pela desapropriação efetuada. Depois do trânsito em julgado, quando estava sendo compelido para o pagamento dos precatórios, constatou-se que o laudo utilizado para a sentença foi comprado. Neste caso, o Ministro Delgado invoca princípios constitucionais no sentido de que não podia prevalecer a coisa julgada sobre valores como a moralidade administrativa. Aí começam a surgir discussões doutrinárias acerca da relativização da coisa julgada.

Por conta desse debate jurisprudencial, a doutrina começa a se preocupar com o tema da relativização da coisa julgada. Surge, então, uma corrente manifesta ou declaradamente favorável à relativização da coisa julgada. Um elemento comum que se consegue identificar nessas manifestações doutrinárias favoráveis à relativização seria a relativização da coisa julgada inconstitucional, de tal sorte que toda vez que a coisa julgada for contrária à constituição seria passível promover a sua relativização.

Esse entendimento é uma afirmação que pode, quando muito, servir para início de discussão, mas não de critério final. Ora, o ordenamento processual previu situações em que a violação ao ordenamento jurídico é um dos fundamentos para atacar a coisa julgada. Além disso, admite-se a relativização do tema que é objeto de sentença já transitada em julgado e foi julgado em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a coisa julgada não prevalece sobre o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Vê-se, então, que o ordenamento jurídico já se preocupa com aquelas situações em que a coisa julgada afronta a constituição e cria mecanismos para combater essa afronta. Mas, se a situação não se encaixa em nenhum desses casos, como conceder tal poder ao juiz?

É em razão dessa indagação que se tenta refinar este critério. Assim, os defensores da relativização dizem que não se trata de qualquer inconstitucionalidade, mas somente daquela manifesta, em que o vício é muito grave. Mais uma

vez, o que seria uma inconstitucionalidade *manifesta*? Nota-se que esse movimento da corrente doutrinária que defende a relativização revela uma série de dificuldades para encontrar critérios para defender a relativização. Mesmo aqueles que buscaram critérios passaram a se lançar de critérios vagos e duvidosos.

Em função dessa fragilidade de critérios, surge, na doutrina, um segundo posicionamento que combate duramente a relativização. A tese central é que não existe nenhum critério objetivo para aceitação da relativização. Esses autores questionavam a ausência de critério das teorias relativistas. Assim, em termos doutrinários, tem-se um bloco defendendo a relativização, mas não há uma uniformidade e critérios para aplicação da relativização da coisa julgada. O segundo bloco sustenta a inviabilidade da tese da relativização porque não existem critérios objetivos para quando caberia a relativização da coisa julgada. Em razão da ausência de critérios, o magistrado estaria diante do arbítrio, já que cada juiz utilizaria o seu próprio critério para relativizá-la.

O embate principiológico

O ordenamento jurídico é composto por princípios, regras e postulados normativos. Os princípios apontam um estado ideal de coisas que deve ser promovido, sem, no entanto, descrever a conduta com que esse estado deve ser alcançado. O princípio, por não descrever uma conduta específica, é fluido. Embora seja fluido, ele é normativo, razão pela qual sempre se deve avaliar o que foi feito (conduta praticada) à luz do estado ideal, para saber se este foi efetivamente promovido por aquela conduta. A regra descreve precisamente uma conduta a ser seguida. Note que sempre haverá uma ligação entre princípio e regras, porque a regra sempre vai significar explicitação de um princípio, isto é, explicita algum estado ideal que um princípio está promovendo. Dessa forma, a regra sempre tem um princípio sobrejacente a ela, que acaba explicitando.

Conseguem-se identificar várias regras que determinam a imutabilidade da coisa julgada, isto é, a proibição de rejuízo de um litígio já julgado por pronunciamento jurisdicional já transitado em julgado. Só que estas regras que determinam a imutabilidade da coisa julgada não estão delimitadas no ordenamento jurídico de forma isolada. Elas estão vinculadas a um princípio sobrejacente, qual seja, o princípio do Estado Democrático de Direito. Essas regras que estão no ordenamento jurídico infraconstitucional têm como princípio sobrejacente o princípio do Estado Democrático de Direito. O estado ideal deste princípio alcança a segurança jurídica, que se traduz em previsibilidade. E, pela previsibilidade, tem-se que, algum dia, aquele tema não poderá mais ser discutido.

Como a regra da imutabilidade está ligada a um princípio sobrejacente, não se pode afastar uma regra invocando apenas um princípio porque a regra também tem um princípio que é sobrejacente a ela, que é justamente o princípio do Estado

Democrático de Direito. Dessa forma, deve-se afastar o princípio, e não a regra. Portanto, é superficial afastar regra invocando outro princípio porque isto seria desconsiderar o princípio sobrejacente a essa regra. A análise da aplicação se dá, na verdade, no nível dos princípios, e não das regras.

Desconsidera-se também que no ordenamento jurídico as regras têm eficácia de trincheira, já que elas têm uma dureza muito grande. Ora, uma coisa é o ordenamento jurídico definir um princípio e, dessa forma, ter várias condutas para se alcançar esse estado ideal, outra coisa é a definição de uma conduta específica. Note então que, ao descrever uma conduta específica, essa norma tem uma dureza maior que o princípio, porque, como ele é fluido, várias situações se encaixam naquele estado ideal, e, na regra, há somente uma conduta a ser seguida. Então, a princípio, deve-se seguir a regra. O juiz não pode, porque isto levaria ao arbítrio, deixar de aplicar a regra em nome de um princípio, caso contrário, ele poderia invocar qualquer princípio para tentar afastar aquela regra.

E mais, toda vez que um princípio e uma regra de mesma hierarquia se chocam, a regra é que prevalece. Com relação à regra, o ordenamento jurídico já se preocupou em descrever a conduta que deve ser seguida. Se houve a preocupação em descrever a conduta, a norma mais específica deve prevalecer sobre a norma mais genérica (princípio). Ocorre que existem situações excepcioníssimas, em que a regra pode ser afastada, por exemplo, a aplicação da regra no caso concreto pode ser caso de inconstitucionalidade.

Quanto à coisa julgada, existem situações em que, pela teoria da norma, poderia se tentar impor o afastamento da regra, o que teria o mesmo efeito da relativização da coisa julgada. Note que não seria relativização da coisa julgada, mas, sim, aplicação da teoria da norma. Diante desse cenário, analisar-se-á a figura da coisa julgada e sua relativização nas ações de família.

A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Doravante, investigar-se-ão os efeitos da coisa julgada e os efeitos da estabilização das relações jurídicas em quatro grandes ações de Direito de Família, quais sejam a de alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade.

Alimentos

Conforme os ensinamentos de Yussef Said Cahali, alimentos são “prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito)”.³⁸

³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 2009. p. 16.

Neste sentido, afirma-se que o direito aos alimentos encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal. Os alimentos têm como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, pois visam assegurar um mínimo necessário para que a pessoa possa viver dignamente. Os alimentos também encontram fundamento no princípio da solidariedade familiar, refletido no artigo 3º, I, da Constituição Federal, pois se trata de um dever mútuo entre os indivíduos integrantes da família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio supramencionado ganhou normatividade operante no sistema jurídico brasileiro, razão pela qual “a doutrina mais recente não tem encontrado dificuldade em identificar na obrigação de alimentos uma forma com que se manifesta um dos essenciais direitos da personalidade, que é o direito à vida, também e especialmente protegido pelo Estado”.³⁹

Neste sentido, Orlando Gomes aduz: “O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, mas aos alimentos devidos e não prestados o alimentando pode renunciar, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito a alimentos; a renúncia posterior é, portanto, válida”.⁴⁰ Não se põe em dúvida, portanto, que o Direito aos Alimentos como norma geral e abstrata seja de caráter público e, portanto, indisponível.

A relativização da coisa julgada na ação de alimentos

Para identificar a possibilidade de relativização da coisa julgada e consequente mitigação da estabilização da relação jurídica na ação de alimentos, faz-se necessária a averiguação de seus elementos de composição.

a) existência de vínculo: é necessária a existência de um vínculo que associe o credor ao devedor de alimentos. Essa associação pode ser tanto aquela decorrente do matrimônio quanto aquela decorrente do parentesco; b) necessidade-proporcionalidade: a necessidade se refere ao credor de alimentos. Agora, se o credor de alimentos é o causador da própria necessidade, então a obrigação alimentar poderá ser extinta; c) possibilidade: a possibilidade se refere ao devedor de alimentos. O devedor de alimentos somente poderá ser obrigado a pagar os alimentos se o seu próprio sustento não for prejudicado.

Nas ações referentes aos alimentos, tem-se implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, sobrevindo fato novo após a fixação dos alimentos que altere a necessidade ou a possibilidade, pode-se ajuizar ação revisional de alimentos para

³⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, cit., p. 33.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, n. 209, p. 329.

discutir o valor fixado.⁴¹ Em capítulo anterior, afirmou-se que a coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Num sentido contrário, não se poderia mencionar acerca da coisa julgada se se tem situação diversa daquela que foi submetida à apreciação do poder judiciário.

Igualmente se afirmou que, em relação à coisa julgada, incide a cláusula *rebus sic stantibus* porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Importante indicativo da constatação da situação jurídica é oferecida pelos elementos da demanda. Não é raro que a causa de pedir se altere e, neste caso, não se pode alegar coisa julgada, porque não se trata mais da mesma situação, mas de outra diversa. Como a relação jurídica de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação.

Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.⁴² Os elementos da demanda corroboram essa afirmação, pois a causa de pedir sofre alteração substancial, com a modificação da situação originária. Portanto, afirma-se, com hialina clareza, que as ações do direito de família sofrem a estabilização decorrente da coisa julgada, notadamente pelo seu caráter cogente, de modo que qualquer alteração da situação inicial configura renovação dos requisitos iniciais e, conseqüentemente, da criação de uma nova relação jurídica. Essa dinâmica é importante, uma vez que se estaria diante de uma posição jurídica protegida pela dignidade da pessoa humana.

Guarda e visita

A guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou a terceiros pessoas, de manterem consigo menores ou maiores incapazes, a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida⁴³. Veja, então, que não se tem a guarda somente do menor, mas também do filho maior incapaz,⁴⁴ justamente pela questão da fragilidade e vulnerabilidade destas pessoas.

⁴¹ CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 14.

⁴² CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*, cit., p. 16.

⁴³ GESSE, Eduardo. *Guarda da criança e do adolescente: conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas*. Presidente Prudente, SP, 2001. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/2.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴⁴ Não se desconhece que o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu essa figura do rol de incapacidades, todavia entende-se que o discernimento é aferível no caso concreto para determinar medidas jurídicas assecuratórias do direito dessas pessoas.

Em virtude dessa situação peculiar de fragilidade desse grupo de pessoas, a humanidade tem, ao longo dos anos, buscado regras especiais de proteção para aqueles que integram tal grupo. Assim é que a Declaração de Genebra,⁴⁵ de 1924, impunha proteção especial para a criança e, neste aspecto, ela foi repetida e confirmada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959;⁴⁶ pelo Pacto de San José da Costa Rica,⁴⁷ datado de 22 de novembro de 1969; e, notadamente, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁴⁸, aprovada em 20 de novembro de 1989, na Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual foi adotada a “Doutrina da Proteção Integral” em relação a esse grupo de pessoas.

Essa “Doutrina” ou “Princípio da Proteção Integral” implica reconhecer que as crianças e os adolescentes, em situação irregular ou não, merecem proteção especial, e todos os direitos a eles inerentes devem ser observados com prioridade. O ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227⁴⁹ da Constituição Federal). A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente disciplina que as pessoas em formação necessitam de uma proteção especial.⁵⁰

Já a visita é o direito que as pessoas unidas por laços de afeição têm de manter, parcialmente, a convivência quando esta for rompida.⁵¹ O direito de visita, no nosso ordenamento jurídico, está, em princípio, vinculado ao poder familiar e ao direito de convivência. Isso significa que os pais têm direito de ter os filhos em sua companhia, e os filhos têm direito de conviver com os pais.

Com relação aos pais, trata-se de um dever. Tanto é um dever que, se os pais abandonam os filhos, podem ser punidos, inclusive criminalmente. Além disso, embora existam correntes em vários sentidos, a cada dia se firma o entendimento de que o abandono afetivo pode ensejar dano moral. Sob a ótica da criança e do adolescente, a visita é um direito. Ora, os filhos têm o direito de conviver com os pais, razão pela qual não se permite o cerceamento do exercício de tal direito.

⁴⁵ ONU (1924). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

⁴⁶ ONU (1959). Declaração Universal dos Direitos da Criança.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

⁴⁸ ONU (1989). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

⁴⁹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

⁵⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucional do direito de família*. São Paulo: RT, 2002. p. 260.

⁵¹ BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

Ocorre que, para exercer o direito de guarda ou de visitas, é necessário que o genitor satisfaça requisitos exigidos pela lei, como melhor interesse da criança, capacidade econômica, financeira e afetiva para cuidar do filho, entre outros. Da mesma forma que a ação de alimentos, esses requisitos são modificáveis em face da característica continuativa da relação jurídica familiar, razão pela qual não há relativização da coisa julgada, mas modificação da situação fática originária.

Investigação de paternidade

A ação de investigação de paternidade se trata de um mecanismo à disposição do suposto filho para atribuir a paternidade ao seu suposto genitor.⁵² Excepcionalmente, o Ministério Público também pode manejar esta ação como substituto processual (ex.: menor abandonado).

A principal prova para a instrução deste processo é a pericial, traduzida no exame de DNA. Desta feita, destacam-se os sistemas jurídicos que tratam do fornecimento do material genético para a realização do exame, pois serão determinantes para a análise da relativização da coisa julgada neste tipo de ação.

1) Sistema inglês: se o suposto pai não oferecer o material genético, é considerado obstrução de processo, e o fato imputado (a paternidade) é tida como verdadeira (presunção absoluta);

2) Sistema alemão: a submissão do suposto pai é compulsória, o sacrifício mínimo que se exige do investigado em fornecer material para a realização do exame deve ceder ao direito maior do suposto filho de ver estabelecido o parentesco biológico, ao direito ao próprio nome, de sorte que a submissão é obrigatória.

3) Sistema francês: se não oferecer, presume-se relativamente que é o pai. A recusa somada a alguma prova conduz à procedência da ação (presume-se a paternidade).

No Brasil, o sistema francês é o que majoritariamente tem sido adotado, conforme se depreende da Súmula 301⁵³ do Superior Tribunal de Justiça, arts. 231 e 232⁵⁴ do Código Civil e Lei 12.004/2009.⁵⁵ Todavia, há doutrinadores que

⁵² OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira. *O novo estatuto da filiação*, cit., p. 163.

⁵³ Súmula n. 301. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

⁵⁴ “Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (BRASIL. *Código Civil*. lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002).

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009. *Altera a lei nº 8.650, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. Brasília: Senado: 2009.

sustentam que a recusa é o exercício de um direito que encontra amparo no art. 1º, III,⁵⁶ da CF, o qual contempla o princípio da dignidade humana. Além disso, ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, não podendo gerar qualquer sanção e nem mesmo a presunção *juris tantum*.

Relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade

Para apresentar as teorias sobre a estabilização da coisa julgada, necessário se faz tecer algumas considerações sobre as fases ou evolução probatória deste tipo de ação. Inicialmente, nas ações de investigação de paternidade, o único meio probatório existente era o testemunhal, razão pela qual não se tinha, naquela época, análise genética para a constatação da paternidade.

Num segundo momento, o meio probatório disponível à parte era o HLA, responsável por estabelecer um juízo de exclusão tão somente em relação à paternidade, isto é, este método somente constatava que o réu não era o pai do autor. Com a evolução da ciência, surge o exame de DNA.⁵⁷ Em que pese não se ter 100% de certeza da filiação, referido exame traz uma porcentagem muito segura deste vínculo genético e consegue, portanto, determinar quem é o pai. A par desta evolução, quatro posicionamentos surgiram na doutrina sobre a estabilização/relativização da coisa julgada tendo como fundamento a utilização do exame de DNA:

1º) Não se pode ignorar a evolução biogenética. Pode-se verificar de maneira absoluta a paternidade. A estabilização da coisa julgada não pode ser afastada pela suposta insegurança jurídica, tendo em vista o direito da pessoa de buscar sua identidade genética. Destarte, é possível mitigar a estabilidade decorrente da coisa julgada para possibilitar novo processo, realizando agora essa prova científica. Essa teoria importa das ações de interesses difusos e coletivos a permissão para relativizar a coisa julgada quando ela é julgada por falta de provas, pois o princípio da Justiça deve prevalecer sobre o da segurança jurídica, pois trata-se de ação de estado de pessoa.

2º) (Teresa Arruda Alvim Wambier⁵⁸): deve-se adotar a teoria da coisa julgada segundo *eventum probationis*. Se não houvesse possibilidade de realizar

⁵⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

⁵⁷ GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 149-168, 2006. p. 156.

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

o exame de DNA, o juiz deveria extinguir o processo, dada a relevância da prova técnica, e, naqueles casos em que foi julgado improcedente, é considerado extinto sem julgamento de mérito, pela falta da prova pericial.

3º) (Nelson Nery Jr.⁵⁹ e Ovídio Baptista⁶⁰): a coisa julgada deve continuar estabilizada. A segurança nas relações jurídicas é necessária. Transitada em julgado, a decisão é imutável. Só é possível excepcionar essa regra quando a lei dispõe expressamente, tal como nas ações transindividuais. Na investigação de paternidade, não há nenhum dispositivo expresso permitindo a relativização da estabilidade da relação anteriormente fixada.

4º) Deve-se possibilitar não só ao suposto filho repropor a demanda, mas também estender isso ao pai, caso contrário, haveria ofensa ao princípio da isonomia. Então, todas as ações de investigação de paternidade realizadas sem o exame de DNA podem ser repropostas, podendo o pai ou o filho rediscutir a demanda.⁶¹

Esse é o melhor posicionamento, com algumas observações:

Se qualquer um deles houver dado causa ou frustrado a realização dessa prova, aí não se pode permitir a repropositura, pois haveria ofensa à boa-fé objetiva – *venire contra factum proprio nulli conceditur*. Também se pode admitir a repropositura com relação àquelas ações julgadas improcedentes e instruídas meramente com prova testemunhal, excluídas, portanto, aquelas ações em que se constate a exclusão de paternidade pelo uso do método HLA.

Conclui-se que, na ação de investigação de paternidade, efetivamente tem-se a mitigação da estabilidade da coisa julgada, nas hipóteses acima mencionadas, pois a Justiça do caso concreto, em relação à descoberta do vínculo genético e atribuição do parentesco, deve se sobrepor à segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas.

CONCLUSÃO

A coisa julgada como fenômeno de estabilização das relações processuais depende de uma série de conceitos jurídicos concatenados a um determinado fim: o de conferir segurança jurídica para essas relações. Sendo assim, esses conceitos jurídicos devem ser delineados para a obtenção de tal almejado fim. O primeiro passo para se ter o fenômeno da coisa julgada trata-se de um processo

⁵⁹ NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa julgada relativa?* Academia Brasileira de Direito Processual. 19 jan. 2006. Disponível em: <<http://advbr.info/apostilasdedireito/academiabrasdirprocciv.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶¹ WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-142.

saudável, responsável pela atuação da jurisdição, pois é uma relação jurídica que tem como sujeitos processuais o demandante, o demandado e o estado-juiz pelo contraditório e que se exterioriza pelo procedimento, cuja sentença terá como qualidade aquele fenômeno. Sendo assim, esse liame entre as partes define-se como relação jurídica que tem consequências jurídicas. Essas consequências jurídicas nos remetem ao contraditório, pois, como o vínculo não é estático, é ele quem dá dinamicidade a essa relação, porque o contraditório impõe ciência, reação e envolve os sujeitos do processo.

O contraditório, nesses termos, é essencial para a ocorrência da coisa julgada, pois, para o provimento jurisdicional se tornar imutável, as partes, efetivamente, devem participar dos atos e influenciar na decisão final, com vistas aos seus interesses próprios. O procedimento é o grande responsável por exteriorizar a relação jurídica influenciada pelo contraditório, razão pela qual exerce duas funções básicas: a) dar unidade ao processo; e b) conferir segurança jurídica.

Ao dar unidade ao processo, o procedimento exerce uma base para o exercício das posições jurídicas subjetivas, isto é, o juiz tem o poder de proferir a sentença em momento oportuno. A indicação deste momento é justamente realizada pelo procedimento. O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, se a jurisdição corresponde a uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, se o procedimento se desenvolve de forma saudável respeitando o contraditório, tem-se a fórmula para a legitimação teórica da coisa julgada.

Conclui-se, ainda, que a coisa julgada enquanto imutabilidade da sentença só alcança a material, responsável pela solução do litígio, encontra-se no dispositivo e, com o Código de Processo Civil de 2015, também na fundamentação, respeitados os requisitos do § 1º do artigo 503. A coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário, razão pela qual incide a cláusula *rebus sic stantibus*, porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação julgada no processo. Assim sendo, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticos as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado.

Nitidamente, o ordenamento jurídico optou pela segurança jurídica no trato da coisa julgada, no entanto, em algumas situações, permite-se a mitigação da estabilidade das relações sociais, obtidas por meio do processo, levando em consideração o princípio da Justiça. Relativização, portanto, significa casos em que, mesmo o ordenamento jurídico não aceitando qualquer forma de ataque ou alteração da coisa julgada, discute-se a possibilidade da sua modificação nesse âmbito.

É muito comum se afirmar que a sentença que julga alimentos não transita em julgado. Isto, do ponto de vista teórico, não é válido, porque, na verdade, há coisa julgada. Acontece que, como a relação de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação. Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.

Os elementos da demanda corroboram essa afirmação, pois a causa de pedir sofre alteração substancial, com a modificação da situação originária. Da mesma forma que a ação de alimentos, os requisitos para atribuição de guarda e visitas são modificáveis em face da característica continuativa da relação jurídica familiar, razão pela qual não há relativização da coisa julgada, mas modificação da situação fática originária.

Por derradeiro, na ação de investigação de paternidade, efetivamente tem-se a relativização da coisa julgada, nas hipóteses em que foram realizadas sem o exame de DNA, podendo ser repropostas, desde que julgadas improcedentes e instruídas meramente com prova testemunhal, excluídas, portanto, aquelas ações em que se constate a exclusão de paternidade pelo uso do método HLA, pois a Justiça do caso concreto, em relação à descoberta do vínculo genético e atribuição do parentesco, deve se sobrepor à segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas.

Portanto, não há relativização da coisa julgada nas ações de família de relação continuativa. O que se tem é a alteração substancial dos elementos da demanda, isto é, tem-se uma relação jurídica totalmente diversa daquela em que se operou a coisa julgada. Já na ação de investigação de paternidade, é possível aplicar a relativização da coisa julgada nas hipóteses de julgamento por falta de provas quando não se tinha o exame de DNA, e, com essa tecnologia, permite-se a repropositura da ação, prestigiando o valor da Justiça para a descoberta do vínculo parental.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009. *Altera a Lei n. 8.650, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. Brasília: Senado: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 301*. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). São Paulo: RT, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Bahia: Juspodivm, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 2009.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *Coisa julgada e crítica a sua “relativização”*. Brasília: Thesaurus, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DELLORE, Luiz. Comentários aos arts. 502-508. In: ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613-622.

DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada a resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6. n. 1, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: RT, 2001.

GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 149-168, 2006.

GESSE, Eduardo. *Guarda da criança e do adolescente: conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas*. Presidente Prudente, SP, 2001. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/2.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte).

- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.
- HOLANDA, Marcos de. A teoria geral do processo sob um enfoque sociológico. In: Sales, Lília Maia de Moraes; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: que coisa julgada é essa?* Disponível em: <www.academia.edu/11607736/Novo_CPC_Que_coisa_julgada_é_essa>. Acesso em: 3 jun. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme et al. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.
- OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira. *O novo estatuto da filiação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ONU (1924). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- ONU (1959). Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- ONU (1989). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- RAMOS NETO, Newton Pereira. Aspectos polêmicos da coisa julgada no novo CPC. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- RODRIGUES, Horário Wanderlei. Acesso à justiça no Estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: Sales, Lília Maia de Moraes; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. *Cadernos de Direito Privado*, Escola Paulista da Magistratura, Barueri/São Paulo: Manole, v. 1, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa julgada relativa?* Academia Brasileira de Direito Processual. 19 jan. 2006. Disponível em: <<http://advbr.info/apostilasdedireito/academiabrasdirproc-civ.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Data de recebimento: 18/05/2018

Data de aprovação: 19/07/2018