

A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO PROCESSO: A COISA JULGADA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mário José de Assis Pegado

THE WEIGHTING OF PRINCIPLES IN COURT:
THE RES IUDICATA AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS

RESUMO

A coisa julgada, como direito fundamental insculpido na Constituição, possui a estatura de princípio. Os princípios, diversamente das regras, não possuem caráter absoluto, resolvendo-se por um código binário. São passíveis de ponderação, para que sejam realizados no maior grau possível. Em determinadas circunstâncias, a coisa julgada cederá a outro princípio fundamental prevalente, obedecida a necessidade de vir a decisão acompanhada de fundamentação reforçada por sólida base argumentativa e pela necessidade premente de realização do princípio prevalente, ante a disciplina jurídica constitucional. O objetivo deste trabalho é questionar a intangibilidade absoluta da coisa julgada, amoldando a sua disciplina às técnicas de interpretação de normas constitucionais, possibilitando sua eventual superação por meio da técnica da ponderação, diante da realidade do caso concreto, sem redução de sua força normativa.

» **PALAVRAS-CHAVE:** COISA JULGADA. PRINCÍPIOS. REGRAS. PONDERAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This article describes the res iudicata as a constitutional principle, with the intention to question the idea of its intangibility as an absolute value. In fact, it's possible weighting the res iudicata with other principles, aiming to decide how to realize each one in the factual situation. As a consequence, the res iudicata, may yield to other principle, since the decision is supported by strong arguments based in constitutional rules, emphasizing that this process shall not reduce its normative force.

» **KEYWORDS:** RES IUDICATA. PRINCIPLES. RULES. WEIGHTING. FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Uma das discussões resultantes do amadurecimento constitucional do direito pátrio, com a entrada em vigor e a subsequente manutenção duradoura da Constituição de 1988, é referente à relativização da coisa julgada. Considerando que a coisa julgada é norma de estatura constitucional, bem como outros diversos institutos e princípios contemplados pela norma maior, seria, em tese, possível a ponderação da coisa julgada com outros princípios de mesmo porte.

A matéria foi objeto de discussão entre os doutrinadores pátrios, havendo surgido posicionamentos distintos desta controvérsia. Há quem analise a coisa julgada dentro dos estritos parâmetros do direito processual, enquanto parte da doutrina busca a harmonização do instituto processual ao direito constitucional, o que poderia sujeitá-lo à ponderação.

O aprofundamento do debate acerca da possibilidade de ponderação entre coisa julgada e outros institutos, princípios e direitos fundamentais passa pela análise das distinções existentes entre norma, regra e princípio. Estas diferenciações são objeto de controvérsias entre os juristas, uma vez que existem diferentes critérios para avaliar o que seria uma regra ou um princípio. Em acréscimo, para entendimento da distinção entre regra e princípio, faz-se necessário compreender o que é uma norma e o que é um enunciado normativo, bem como vislumbrar quantas normas podem estar contidas em um enunciado, ou quantas normas podem decorrer de uma regra ou de um princípio.

Outra questão a ser explorada é atinente ao método para solução de conflitos entre regras, entre princípios e entre princípios e regras. Os critérios clássicos de solução de conflitos de regras poderiam ser aplicáveis aos princípios? E em que medida? É preciso avaliar também se existe alguma diferença qualitativa entre princípios que imponha a adoção de uma nova teoria de solução de conflitos normativos.

Uma vez ultrapassadas tais questões, é imperativo analisar a possibilidade de conflito normativo da coisa julgada com outras normas e, sendo possível, qual a solução a ser adotada. A necessidade de soluções à luz do caso concreto bem como a solidez argumentativa da fundamentação são questões a serem enfrentadas para o adequado entendimento da decisão decorrente dos conflitos normativos referidos.

A análise deve ser realizada à luz da necessidade de aplicação dos direitos fundamentais, bem como da constatação de que os princípios são a porta de entrada dos preceitos de caráter moral no ordenamento jurídico. Esta assertiva decorre da própria abertura semântica da Constituição brasileira, que, a exemplo de outras cartas constitucionais recentes, possui, ao mesmo tempo, uma disciplina bastante analítica e uma elevada carga axiológica. Sendo assim, o estudo da questão posta em discussão invariavelmente perpassa por novos métodos, característicos da nova textura do ordenamento constitucional.

1 REGRAS E PRINCÍPIOS

Existe uma série de parâmetros adotados entre os estudiosos pátrios para a diferenciação entre regras e princípios. Antes de analisá-los, cumpre observar que tanto os princípios quanto as regras são espécies do gênero norma.

As normas são o conteúdo, o significado de um enunciado normativo,¹ ou seja, o sentido exposto pelo enunciado que as veicula. Estes podem ser expressos de formas variadas. Tanto os princípios como as regras são espécies do gênero norma, sendo positivados por meio dos enunciados normativos expressos na Constituição e nas demais leis que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, a norma jurídica não se confunde com o texto do dispositivo legal ou constitucional que a veicula. O texto é o enunciado normativo, podendo expressar uma única norma, uma pluralidade de normas, ou somente uma parcela da própria norma. Uma norma penal em branco que veicula a

criminalização da conduta de tráfico de substâncias entorpecentes é resultado da combinação da norma penal incriminadora com a disposição regulamentar que coíbe a venda de determinada substância no território nacional. A norma “é proibido comercializar a substância conhecida como maconha” é resultado da combinação do enunciado normativo do art. 33 da Lei 11.343/2006 e da Portaria 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que informa a proscricção do comércio da substância em território nacional. Ademais, o art. 5º, XI, da CRFB (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”) contém pelo menos quatro normas: 1) é vedado o ingresso na casa do indivíduo em período noturno ou diurno; 2) é autorizado o ingresso na casa do indivíduo em período noturno ou diurno para prestar socorro em desastre; 3) é autorizado o ingresso na casa do indivíduo em período noturno ou diurno em caso de flagrante delito; 4) é autorizado o ingresso na casa do indivíduo em período diurno havendo determinação judicial. O mesmo enunciado normativo, neste caso, veicula uma pluralidade de normas. Finalmente, o art. 121, *caput*, do Código Penal (“Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”) veicula uma norma segundo a qual é vedado a qualquer pessoa matar outrem, sem prejuízo de outras normas geradas pela combinação deste enunciado normativo com outros (ex.: art. 121, *caput*, c/c art. 25, ambos do CP – é autorizado matar alguém caso o agente atue em legítima defesa).

A distinção entre norma e enunciado normativo será fundamental para o exame da distinção entre regras e princípios, especialmente pelo critério qualitativo. É possível resumir em três os critérios adotados pela doutrina para diferenciação de regras e princípios: 1) distinção de grau de generalidade; 2) distinção qualitativa; 3) predeterminação das condições de aplicação.

A distinção mais clássica entre regras e princípios é aquela realizada em razão do grau de generalidade das referidas normas. De acordo com este entendimento, os princípios seriam as normas gerais de um sistema jurídico. Eles seriam o resultado da combinação de regras específicas que integram o sistema que, ao serem abstraídas, dariam origem a alguns princípios que serviriam de fundamento de validade para as regras. A regra seria, assim, uma norma de caráter bastante setorial e específico, com um comando direto e aplicável, enquanto os princípios seriam o resultado de uma abstração, sendo deduzidos do conjunto de regras existente.

Sobre esta classificação, detalha Galuppo (1999, p. 192):

A primeira teoria é aquela que identifica os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Desde o início do século, autores como Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito. Del Vecchio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vecchio, 1948:51). Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são tão somente ‘normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais’. (Bobbio, 1993, p. 271).

Existem diversas críticas cabíveis a esta distinção entre princípios e regras com fundamento na generalidade do sistema. É sabido que a formação dos princípios não se dá por meio de critérios de generalização das demais normas. Princípios como a legalidade e a separação de poderes não são

intuídos de normas específicas, mas são fundamentos básicos do ordenamento jurídico por meio dos quais regras poderão ser observadas e, em caso de conflito, afastadas por eles. É verdadeiro que os princípios possuem um caráter geral, mas não porque decorram da generalização das regras, mas porque esta é uma característica decorrente da sua própria natureza.

Outra teoria informa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa. As regras seriam normas “que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2009, p. 91). Há aqui uma distinção quanto ao grau de realização. As regras “expressam deveres e direitos definitivos” (SILVA, 2003), de maneira que elas se realizarão uma vez preenchidas as suas hipóteses de incidência. Caso haja conflito da regra com outra norma, ela será afastada ou então afastará a norma divergente, realizando-se de uma forma “tudo ou nada”.

Os princípios, por sua vez, segundo esta corrente, seriam mandados de otimização. Alexy defende que os princípios “são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes” (ALEXY, 2003, p. 75). Os princípios não teriam como característica principal a dimensão de validade, como as regras, mas teriam uma nova dimensão, que seria o peso. Ou seja, deve prevalecer, no caso de conflitos entre princípios, aquele que, no caso concreto, tenha maior peso para ser decisivo naquele contexto fático. A partir deste sopesamento, o princípio prevalente terá o condão de disciplinar aquela situação, sem que o princípio afastado tenha seu âmbito de validade excluído pelo ordenamento jurídico. Não há revogação ou derrogação do princípio afastado, seja parcial ou total, podendo este, aliás, ser prevalente sobre o princípio ora aplicado em um contexto fático diverso.

Assim, em suma, regras seriam mandados definitivos, caracterizados pela sua dimensão de validade, enquanto princípios seriam mandados de otimização, de direitos *prima facie*, cuja característica distintiva seria possuírem uma dimensão própria de peso. Esta corrente é defendida, embora com visões levemente divergentes, por Ronald Dworkin e Robert Alexy, sendo sustentada em solo brasileiro por Virgílio Afonso da Silva.

A referida teoria de distinção qualitativa é objeto de contestação por diversos doutrinadores. Segundo Ávila (ÁVILA, 1999, p. 14):

[...] a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.

Outros doutrinadores, como Habermas, criticam a teoria de Alexy afirmando consistir em uma “concepção axiologizante do direito, pois a ponderação, nos moldes pensados por Alexy, só é possível porque podemos preferir um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebermos

como valores” (GALLUPO, 1999, p. 196). Haveria, assim, uma confusão das normas-princípio com os valores, o que prejudicaria a sistemática da teoria de Alexy.

A terceira teoria acerca dos princípios e regras traria uma diferenciação com base em uma característica dos primeiros: eles seriam “normas cujas condições de aplicação não são predeterminadas” (GALLUPO, 1999, p. 196). A tensão entre princípios não deve ser solucionada por uma gradação, mas uma cessão no caso concreto de um princípio perante outro, devendo um deles ceder nestas circunstâncias específicas, mas não necessariamente sempre. Os princípios seriam razões comparativas, diversamente do que ocorre com as regras.

No aspecto prático, não há uma distinção muito expressiva da terceira teoria para a anterior. Conforme Alexy, a colisão entre princípios faz resultar uma norma-regra aplicável apenas e tão somente àquele caso concreto. Assim, falar em cessão entre princípios, ou em prevalência de um ou de outro diante do sopesamento no caso concreto, não faz dos dois discursos pontos de vista intensamente contrastantes entre si.

O que é inequívoco é que existe uma distinção entre regras e princípios que se pauta pela forma de aplicação destes. Não há como realizar o mesmo processo subsuntivo clássico para a solução de conflitos de regras, de regras e princípios, ou somente de princípios. De outra forma, não é suficiente distinguir regras e princípios apenas pelo grau de generalidade ou por suas condições de aplicação. Existe, sim, uma distinção qualitativa, e esta distinção resulta em outro questionamento relevante para o deslinde do tema – como devem ser solucionados os conflitos entre as espécies normativas tratadas? Quais os mecanismos para solucionar os conflitos acaso existentes entre regras, princípios, ou entre ambas as espécies normativas?

2 SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS

O conflito aparente de normas tradicionalmente é tratado nos meios jurídicos por meio dos clássicos critérios interpretativos: hierárquico, cronológico, de subsidiariedade e de especialidade. Isto se dá porque o conflito de regras sempre foi solucionado pela inclusão de cláusulas de exceção nas referidas normas. Uma norma especial derroga parcialmente a norma geral, que terá validade com a cláusula de exceção para a incidência da norma especial, aplicável em determinados casos concretos. A norma-regra é subsumida àquele caso concreto, ficando absolutamente excluída naquelas hipóteses em que os vetores interpretativos determinam a incidência de regra distinta.

A própria denominação de conflito aparente de normas indica uma ideia de completude e harmonia do sistema. Não existiria um conflito real de normas, já que o sistema jurídico seria completo e harmônico, mas sim um conflito aparente, sendo que da aplicação dos critérios supracitados seria possível obter a norma verdadeiramente incidente naquela situação específica. Após a atividade interpretativa, haveria a inclusão de uma cláusula de exceção na norma afastada, visando dela excluir a hipótese de incidência da norma vencedora.

Em razão de tal sistemática do conflito aparente entre as regras, a verificação da norma aplicável implicaria a constatação do campo de extensão de validade de uma e da outra norma conflitante. A incidência de uma regra excluiria por absoluto a aplicação de outras regras àquela situação, razão pela qual se fala em inclusão de uma “cláusula de exceção”, gerando uma norma jurídica resultante da solução daquele conflito aparente de normas.

Outra seria a forma de resolução do conflito entre princípios no caso concreto. O princípio tem uma dimensão distinta das regras, que seria o peso (*weight*). Enquanto as regras teriam apenas uma dimensão de validade, de forma que o conflito aparente de normas reduziria o seu âmbito de incidência – ou mesmo excluiria a validade daquela regra no caso concreto –, os princípios deveriam ser avaliados de acordo com o seu peso no caso sob exame. Deveriam, assim, ser sopesados, sem que a validade do princípio ficasse esvaziada – apenas seria avaliado qual o peso de cada um dos princípios na resolução da situação fática.

Há quem critique a ideia de colisão entre princípios. Para tais críticos, esta colisão também seria aparente, já que os princípios não carregariam em seu enunciado a descrição de uma hipótese de incidência e uma consequência. Assim, o conflito seria aparente, já que inexistiria uma colisão, mas apenas a aplicação de um processo de solução que desvendaria a aparente contradição entre ambos.

Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2003, p. 607) se opõe a esta crítica afirmando que:

[...] esse pressuposto é falso, pois os princípios têm, sim, consequências abstratamente determinadas. A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode colidir com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio. Há, portanto, poucos indícios de que a colisão aqui seja apenas aparente.

O ponto a ser observado aqui é de que, tanto na subsunção quanto na ponderação, estamos diante de um processo interpretativo. Ademais, é relevante lembrar a distinção entre enunciado normativo e norma. Tanto as regras quanto os princípios surgem positivados na condição de enunciados normativos. Estes enunciados normativos podem conter já uma norma facilmente deles extraída. Ocorre que, ainda nesses casos, a norma somente surgirá após a realização de um processo interpretativo, mesmo que este seja de grande simplicidade. Em uma quantidade expressiva de casos, a norma será o resultado de um processo interpretativo de subsunção ou de ponderação. Ou seja, a norma somente se revelará após ser avaliada a validade ou o peso dos enunciados normativos em conflito.

A extensão da hipótese de incidência ou da consequência do princípio poderá surgir apenas de um esforço interpretativo, simples ou complexo, do qual resultará uma norma, contendo a totalidade destes elementos. Isto poderá ocorrer tanto em uma situação de ausência de conflito de princípios, quanto em decorrência de uma colisão. A norma, porém, será sempre resultado de uma interpretação. Este fato, por sua vez, não transformará o conflito entre princípios em uma atividade de subsunção, solucionável pelos critérios clássicos, já que a norma resultante poderá, inclusive, decorrer da incidência concomitante de ambos os princípios, atribuindo a eles pesos distintos. Uma

colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade poderá resultar, por exemplo, em uma norma que autorize a divulgação da informação de interesse público sem menção ao nome do indivíduo cuja privacidade foi ponderada, mas apenas ao seu cargo. Neste caso, a norma resultante atribui peso razoável tanto ao direito à informação quanto à privacidade, sem exclusão da incidência de qualquer uma das normas. Ou seja, tanto inexistente um conflito aparente, que a norma do caso concreto englobou os dois princípios em conflito.

Do exemplo acima exposto, extrai-se outra questão relevante referente aos princípios: estes devem ser realizados na máxima medida possível. A tensão entre normas-princípio não impõe o afastamento de uma delas no caso concreto, mas sim a adoção de uma solução que prestigie a incidência de ambos os princípios na maior medida possível. O exemplo exposto é um caso em que tanto o direito à informação quanto o direito à privacidade (os princípios em conflito no exemplo) foram prestigiados em uma medida expressiva. A solução do caso concreto deve procurar afastar cada princípio na menor medida possível, visando à realização de ambos na maior amplitude que se mostrar viável concretamente. Havendo colisão, não há como simplesmente afastar um dos princípios em conflito, mas devem ser avaliadas as medidas de aplicação de ambos para alcançar o resultado que proporcione o maior prestígio possível a eles, ainda que um dos princípios acabe recebendo um peso mais expressivo.

Para avaliação das possibilidades de estabelecer prioridades entre os princípios, Alexy propõe o que ele chama de uma “ordem débil” (ALEXY, 1988, p. 146) dos princípios, consistente em três elementos: “1) um sistema de condições de prioridade; 2) um sistema de estruturas de ponderação; 3) um sistema de prioridades *prima facie*” (tradução livre).

Um sistema de condições de prioridade somente poderia ser estabelecido para um caso concreto. A dificuldade se dá pelo fato de que não existem prioridades absolutas entre os princípios, mas a prevalência será aferida apenas no caso concreto, podendo tais prioridades não serem as mesmas em uma outra situação de colisão entre os mesmos princípios observados. É possível, contudo, elaborar uma regra que Alexy chama de lei de colisão (ALEXY, 1988, p. 147): “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o pressuposto de fato de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente” (tradução livre).

O sistema de estruturas de ponderação, segundo Alexy, informa que “os princípios, enquanto mandatos de otimização, exigem uma realização a mais completa possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 1988, p. 147). Esta lei de ponderação nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe a avaliação dos princípios conflitantes segundo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na aplicação da lei de ponderação, deverão ser seguidos os seguintes passos: a avaliação do grau de insatisfação ou restrição de cada princípio; a determinação da importância do princípio alheio; a avaliação se, no âmbito fático, a importância de satisfação do princípio contrário irá justificar a restrição do outro princípio.

Já as chamadas prioridades *prima facie* nada mais seriam do que as cargas de argumentação estabelecidas para ordenação dos princípios. Não contêm uma determinação definitiva, mas apenas criam uma ordem entre os princípios decorrentes dos argumentos incidentes no caso concreto em favor de cada um deles.

Outra questão a ser discutida diz respeito à fórmula a ser adotada para solução de um conflito entre um princípio e uma regra. Considerando verdadeira a asserção de que princípios e regras possuem dimensões distintas (peso e validade), qual seria o critério a ser adotado para a solução de tal conflito? Apesar da diferença estrutural entre ambos, parece que a ponderação é o método mais adequado para a sua resolução. Isto ocorre devido a algumas razões: primeira, a eventual prevalência da regra em desfavor do princípio não impedirá que, em novo conflito, o princípio deva ceder novamente à regra, sem análise das particularidades da situação concreta; segunda, o conflito entre uma regra e um princípio poderá ser também um conflito entre princípios, uma vez que a regra poderá ser uma hipótese concreta de aplicação de um princípio a ela subjacente; terceira, a eventual prevalência do princípio não importará no afastamento definitivo da regra, ou de sua derrogação parcial, mas apenas incorporará a ela uma restrição concreta aplicável somente em situações absolutamente idênticas; quarta, a aplicação dos critérios de solução do conflito aparente de normas (regras) não necessariamente trará conclusões satisfatórias, uma vez que a regra posterior e especial, por exemplo, poderá ter que ceder ao princípio por razões decorrentes de ponderação.

A viabilidade da ponderação entre princípios, ou entre princípio e regra, não importa, contudo, em um processo de caráter meramente subjetivo. A construção da regra do caso concreto, decorrente da ponderação, impõe um ônus argumentativo extenso ao intérprete, especialmente quando forem afastadas regras positivadas, ou quando ausentes regras específicas para a solução daquele conflito de normas. Aqui se coloca outra questão, que diz respeito ao método de construção da argumentação decorrente do uso da ponderação.

3 A CONSTRUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO NA PONDERAÇÃO

A ausência de mecanismos matemáticos para construção da decisão, especialmente quando se faz necessário o exercício da ponderação, impõe um ônus argumentativo severo ao intérprete. Este ônus decorre do risco do decisionismo do aplicador do direito, que não raras vezes adota como razão de decidir apenas a invocação genérica de um princípio, sem apresentar motivos racionais e a forma de construção de seu raciocínio ao destinatário da decisão, impedindo a própria avaliação da legitimidade dos argumentos expostos.²

A abertura decorrente da interpretação e da ponderação de normas constitucionais coloca a teoria da argumentação como um problema relevante na formulação de decisões. Considerando que possam existir diversas argumentações plausíveis para a solução da situação concreta em que

se deparou com a colisão de princípios, é imprescindível a existência de parâmetros argumentativos que possam levar a uma argumentação racional consistente.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) sugerem alguns parâmetros para validar a argumentação em uma decisão envolvendo princípios: a) “a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação”, ou seja, a solução de um conflito de normas se dará em favor da argumentação que traga em seu favor o maior número de normas jurídicas; b) em uma decisão envolvendo ponderação, incide o dever de apresentar uma motivação mais forte, de forma que os argumentos sejam expostos claramente e de forma bastante analítica; c) os critérios empregados para fundamentar a solução devem servir como “regra geral para todas as situações semelhantes”; d) a melhor solução deverá atender ao caminho ditado pelos princípios instrumentais de interpretação constitucional e realizar o objetivo dos princípios constitucionais materiais.

Alexy também desenvolve uma teoria da argumentação bastante analítica, fundamentada na teoria do discurso. Trata-se de uma teoria procedimental (BRANCO, 2009, p. 161), baseada no vínculo entre o procedimento adotado e a correção da resposta obtida, de forma que, seguido o procedimento, seria possível a adoção de uma solução que se aproximaria mais do ideal.³

O ponto central aqui é o de que a decisão que envolve ponderação de princípios, ou o sopesamento deles, necessita de uma justificação racional e analítica, embasada precipuamente em normas constantes do ordenamento jurídico, devendo seguir a uma concatenação lógica adequada. É imperativo que se coíba a prática de invocação puramente abstrata de princípios na construção de decisões judiciais ou textos jurídicos em geral, sem que haja uma exposição de raciocínio sólida e juridicamente bem embasada. Os novos ventos do direito constitucional (o chamado neoconstitucionalismo ou neopositivismo) não impõem a adoção de concepções particulares do direito e da justiça, ocultadas sob um manto de pseudofundamentação. A interpretação e a aplicação de normas constitucionais impõem ao intérprete o ônus de apresentar robusta fundamentação, logicamente embasada, com invocação de sólidos argumentos jurídicos e com adoção de um procedimento público transparente, sob pena de carência de legitimação. Assim devem ser elaboradas as decisões e as argumentações, especialmente quando envolvem princípios e normas de textura aberta.

4 COISA JULGADA: REGRA OU PRINCÍPIO?

A coisa julgada é um instituto decorrente do exercício da jurisdição – ostentando natureza eminentemente processual – que possui estatura constitucional em razão do enunciado normativo que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, CRFB). Segundo Marinoni e Arenhart (2006, p. 627), a coisa julgada “é a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior”. Seria, assim, do ponto de vista processual, uma qualidade da sentença que impede a rediscussão do seu objeto como conse-

quência do esgotamento das possibilidades recursais, possuindo natureza fática (como qualidade da sentença) e normativa, ante a existência de dispositivo constitucional proibitivo de sua vulneração, criador de norma atribuindo à violação desta consequência processual o caráter de norma jurídica.

A norma constitucional que impede a vulneração da coisa julgada por comando normativo legal, por sua vez, está disposta topograficamente entre os direitos fundamentais elencados na Constituição. Possui, assim, *status* de direito fundamental, impondo o respeito obrigatório ao legislador e, por evidência (apesar da omissão constitucional), dos demais poderes estatais.

Embora a norma referida tenha natureza de direito fundamental, há de se ponderar se possui também uma natureza principiológica. Embora tenha aplicação ampla no ordenamento jurídico (uma vez que abarca todos os ramos do processo), o enunciado não possui um grau de abstração tão elevado como, por exemplo, os princípios da isonomia e da legalidade. Por outro lado, na condição de direito fundamental, pode-se situar em posição de colidência com outros direitos fundamentais, o que imporá uma forma de solução do conflito que não resulte na retirada de qualquer uma de tais normas do ordenamento jurídico, uma vez que nosso direito não cogita da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais.

Caso se adote a concepção clássica, de que os princípios são normas com elevado grau de abstração, deduzidas ou dedutíveis de uma pluralidade de regras mais específicas existentes no ordenamento jurídico, não se deve atribuir à vedação de violação da coisa julgada a condição de princípio. A norma não é dotada de abstração suficiente, sendo simplesmente informadora do respeito à qualidade da decisão judicial irreversível. Embora seja instituto aplicável aos diversos ramos do processo, tal concepção impõe a conclusão de que ela não possui a abstração e generalidade necessária para ser um princípio, consistindo apenas em uma regra de observância obrigatória albergada pela Constituição.

Sob o aspecto de uma distinção qualitativa, que atribui dimensões distintas às regras e princípios, a solução poderá ser diversa. Ao se apreciar o caráter duplice das normas de direitos fundamentais, é possível concluir que a vedação à violação da coisa julgada é um princípio constitucional.⁴ Esta constatação também se sustenta na concepção da norma veiculadora de direito fundamental como princípio, passível de ponderação, ante a densidade normativa dos direitos fundamentais. Desta forma, considerando que as normas de direitos fundamentais veiculam princípios e regras cumulativamente, é perfeitamente possível concluir pela natureza principiológica deste instituto constitucional.

Ademais, os princípios, como se viu, se distinguem das regras por conta de sua natureza de mandado de otimização, de normas *prima facie*. Diferentemente das regras, os princípios devem ser objeto de ponderação quando estão em conflito, para viabilizar a aplicação de ambos na maior medida possível. Assim, é possível discutir a natureza principiológica da coisa julgada sob o seguinte aspecto: a coisa julgada, uma vez em conflito com outra norma principiológica, ou de direito fundamental, deverá ser sopesada para realizar, na maior medida possível, todos os princípios em colisão?

A possibilidade de conflito entre a coisa julgada e um princípio constitucional efetivamente existe. Considerando que existem direitos fundamentais de natureza material e processual, afastando-se uma concepção de justiça puramente procedimental, não é difícil observar situações de atrito entre uma destas normas e a coisa julgada, especialmente quando esta resultar na restrição a um direito fundamental.

Sob tal prisma, é possível defender a natureza principiológica da coisa julgada no ordenamento jurídico. De toda forma, ainda que se chegasse à conclusão de que sua natureza é apenas de regra constitucional, a solução de um eventual conflito com outra norma constitucional instituidora de direitos fundamentais continua a ser obtida por meio do sopesamento ou da ponderação, pois a referida técnica pode ser aplicada para resolver um conflito entre regra e princípio, como já dito.

Apesar das discussões expostas, parece adequada, para os fins do presente estudo, considerar a disposição constitucional acerca da coisa julgada como uma norma veiculadora de princípio. A condição de direito fundamental, aliada à necessidade de ponderação entre os direitos que ostentam tal qualidade, são alicerces suficientes para sustentar a natureza principiológica da coisa julgada, ainda que não seja dotada do grau de abstração que comumente é verificado nos princípios.

5 PONDERAÇÃO ENTRE A COISA JULGADA E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão da natureza da norma do art. 5º, XXXVI, da CRFB, uma situação a ser discutida é a real possibilidade de colisão com os enunciados normativos veiculadores de outras normas principiológicas de caráter fundamental, ou, ainda, com outros princípios do ordenamento jurídico. A razão de tal discussão é bastante simples: de acordo com parte expressiva da doutrina, inexistem normas de caráter absoluto, ou seja, que não sejam passíveis de serem afastadas ou relativizadas no caso concreto.

Apesar de sua natureza processual, como qualidade inerente à irrecorribilidade da sentença, não se pode conferir à coisa julgada um caráter absoluto. A segurança das relações jurídicas, *ratio essendi* da estabilização da sentença pela coisa julgada, é apenas um dos muitos valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Em situações diversas, o princípio da segurança jurídica (do qual a coisa julgada é subprincípio) deverá ser ponderado com outros princípios possivelmente conflitantes, como a liberdade ou a dignidade da pessoa humana – apenas para citar dois dos princípios fundamentais.

Uma hipótese clara de ponderação entre a coisa julgada (ou a segurança jurídica) e o direito fundamental à liberdade é a de condenação criminal resultante de erro judiciário. Neste caso específico, a própria Constituição veiculou indiretamente regras que permitem a avaliação da solução a ser adotada no conflito de princípios. Ao destacar que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV, CRFB) e que o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário” (art. 5º, LXXV), a Constituição atribui à liberdade um peso maior do que à coisa julgada quando a sentença transitada em julgado violar a exigência de justiça material naqueles casos concretos. Existe aqui uma valoração constitucional favorável a um critério de justiça material em

desfavor da justiça procedimental, realizada pelas próprias normas infraconstitucionais, atribuindo especial peso à liberdade, quando em conflito com a coisa julgada nos casos de erro judiciário penal.

Embora não haja dúvida sobre a prevalência da liberdade ante a coisa julgada na situação de erro judiciário, a discussão é mais tormentosa quando abarca a colisão desta com outras normas de direitos fundamentais. Seria possível, por meio da ponderação, atribuir peso maior a outros direitos fundamentais em desfavor da coisa julgada e da segurança jurídica nas decisões judiciais? Se a resposta estiver embasada nos estudos sobre princípios e ponderação discutidos ao longo deste trabalho, a resposta deverá ser positiva.

À luz do caso concreto, a coisa julgada poderá ceder espaço a direitos fundamentais de especial relevância, em uma situação em que o dano decorrente da negação do direito fundamental ultrapasse o benefício da segurança das relações jurídicas. Nestes casos, deve o direito fundamental ser albergado por normas de direitos fundamentais expressas e sólidas, acompanhadas por um robusto arrazoado que leve à conclusão de que a melhor forma de concretizar a sistemática constitucional ocorre com a relativização da coisa julgada.

Uma boa hipótese fática, por exemplo, seria em caso em que foi julgada improcedente uma ação de investigação de paternidade com fundamento exclusivo em prova testemunhal, tendo ocorrido trânsito em julgado da sentença. Tempos após, realizado exame de DNA, ficou constatado que o infante era efetivamente filho do requerido na hipótese fática apresentada. Suponhamos que o menor não tivesse qualquer parente que pudesse fornecer o seu sustento e que estivesse sob sérias limitações físicas e mentais. Na solução do caso concreto, milita a favor do pai o princípio da preservação da coisa julgada, bem como seu interesse pessoal de não se envolver em uma situação de escândalo (suponhamos que já tivesse família constituída à época da concepção da criança), consistindo no direito à privacidade. Ocorre que o menor é favorecido pelo seu direito à filiação (art. 227, § 6º), pelo direito ao amparo da criança e do adolescente pela família (art. 227, *caput*), pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), uma vez que passa por situação de penúria, e pelo próprio direito à vida, que se encontra vulnerado pela ausência dos meios de sustento próprio, pela necessidade do amparo à sua saúde e da sua necessidade afetiva. Nesta situação, ponderando os direitos fundamentais em questão, atentos às regras de fundamentação jurídica, verifica-se existir um maior número de normas jurídicas a amparar o direito fundamental do menor à sua vida, dignidade e filiação, enquanto se observa um menor prejuízo aos bens sociais na relativização da coisa julgada, bem como um maior benefício ao menor e à sociedade na prevalência dos direitos humanos acima expostos.⁵

É de se observar que a ponderação entre princípios e direitos fundamentais não é uma técnica destinada à exclusão de um dos princípios em conflito. Ela busca harmonizar os princípios em colidência e efetivá-los na maior medida possível, sendo que o afastamento da incidência de qualquer deles é medida excepcional e deve ser profundamente fundamentada, sob pena de caracterizar decisionismo jurídico arbitrário. No caso em tela, a multiplicidade dos direitos invocados em

desfavor da manutenção da coisa julgada, bem como a análise do prejuízo e do benefício na minoração e majoração de cada princípio envolvido, determinaram a prevalência do direito à filiação e à dignidade humana em detrimento excepcional da estabilização da coisa julgada.

É possível vislumbrar outra situação que ilustra a possibilidade de conflito da coisa julgada com direitos fundamentais de especial relevância. Suponhamos que um determinado enfermo, sob risco de vida, tenha ajuizado uma ação visando o fornecimento de um tratamento experimental para sua doença, especialmente oneroso, com resultados ainda incertos ante o estado da técnica médica. O juiz competente julgou improcedente a ação, realizando ponderação entre os princípios, regras e postulados em conflito, sendo que a sentença transitou em julgado. Pouco tempo depois, o enfermo tem seu quadro de saúde agravado, com risco iminente de falecimento. Neste mesmo intervalo, o referido tratamento foi aprovado administrativamente pelos órgãos de regulação competentes e começou a ser ministrado na rede pública, com custo reduzido, sendo confirmada pelas pesquisas de saúde a elevada possibilidade de sucesso na cura da enfermidade. Ocorre que, em razão da coisa julgada anteriormente operada na ação individual movida pelo enfermo citado, a rede pública de saúde se recusa a prescrever o tratamento ao referido indivíduo, alegando que tal conduta importaria em desobediência à sentença judicial transitada em julgado. Neste caso, a coisa julgada é contraposta pelo direito à vida (com risco de perecimento imediato), à saúde, à dignidade humana e à igualdade formal (pois outros enfermos recebem do Estado o referido tratamento). A extinção do novo processo em razão da coisa julgada, neste caso, vulnera uma pluralidade de direitos fundamentais, sendo que o prejuízo pela relativização da coisa julgada é ínfimo para o Estado e para a sociedade, enquanto o benefício dela é evidente para o cidadão moribundo.

Nos casos apresentados, a colisão se resolve em desfavor da coisa julgada sem dificuldade, ante a robustez dos argumentos existentes em prol dos demais direitos em conflito. A técnica adequada para deslinde da controvérsia é inequivocamente a ponderação, uma vez que a utilização da técnica de subsunção não indicaria qualquer restrição a operar em desfavor da coisa julgada. Ademais, a realização da justiça material em detrimento da justiça procedimental, um dos fundamentos da coisa julgada, traz um inegável benefício muito mais substancial em favor da sociedade e dos princípios e valores administrados pela Constituição.

O que se observa é que a utilização da ponderação para afastar a coisa julgada em prol de outros direitos fundamentais é um instrumento possível, embora não deva ser utilizado de forma elástica. Avaliando a situação concreta, a coisa julgada poderá – e deverá – prevalecer sobre outros direitos fundamentais em diversas situações, produzindo então uma regra concreta de ponderação em favor da segurança jurídica.

Suponhamos que um homem público é surpreendido em negociações políticas de caráter moralmente duvidoso – e possivelmente ilícitas – envolvendo a coisa pública. Diante da divulgação de tais fatos na mídia, o referido agente ingressa com uma ação judicial requerendo a proibição da veiculação

da notícia na imprensa e pleiteando indenização, com fundamento na sua intimidade e na proteção à vida privada, pois os fatos tinham repercussões pessoais. Uma vez indeferido seu pleito, invocando a fundamentação da sentença a ampla publicidade que deve envolver a conduta moral de uma autoridade pública, tendo a sentença transitada em julgado, o referido político anuncia sua retirada da vida pública. Um ano depois, veicula nova ação judicial, argumentando que não mais ocupa cargo público e não ostenta a condição de homem público, repetindo os mesmos pedidos acima expostos. Existe aqui um conflito entre o princípio constitucional da proteção à coisa julgada e os princípios da intimidade e da vida privada. A manutenção da publicidade dos arquivos de notícias sobre o cidadão está alicerçada no direito à informação e na preservação do princípio da moralidade, já que, mesmo não sendo ele homem público naquele momento, a memória sobre tais fatos é salutar para preservação dos valores públicos e do direito da coletividade de se manter informada sobre a gestão da coisa pública. Assim, considerando que a coisa julgada tem em sua companhia uma maior quantidade de normas jurídicas a lhe acompanhar, bem como que o prejuízo ao ex-homem público é inferior às vantagens fruídas pela sociedade na manutenção daquelas informações, parece que a ponderação penderá em favor da coisa julgada. Nesta mesma situação, é viável que os direitos à intimidade e à vida privada possam ser efetivados no grau máximo possível (por exemplo, com uma determinação judicial para que cesse uma exposição abusiva – diariamente e em primeira página por anos a fio – do episódio, já que não seria proporcional à repercussão do fato tanto tempo após, sem prejuízo da manutenção da notícia nos arquivos ou em matérias periféricas condizentes com a repercussão).

É de se observar que a ponderação é uma técnica relevante para ser adotada no conflito entre o princípio constitucional da manutenção da coisa julgada e os demais direitos e princípios de caráter fundamental. Entretanto, a “relativização” da coisa julgada é medida excepcional e moderada, como também o é a restrição a qualquer direito fundamental, devendo ser adotada em caso de confronto com direitos e princípios de igual estatura, uma vez que o robusto ônus argumentativo exigido para seu afastamento esteja satisfeito pela decisão judicial ou pelo parecer jurídico apresentado.

A ponderação de direitos fundamentais envolvendo a relativização da coisa julgada ou a minoração de qualquer outro direito ou princípio fundamental é medida a ser adotada apenas quando estritamente necessária, buscando a maior preservação possível do princípio vencido. Deve também ser acompanhada de uma fundamentação clara, analítica, detalhada e baseada na maior quantidade possível de normas jurídicas, após adoção de procedimento amplo de consulta aos envolvidos, com fidelidade aos direitos instrumentais insculpidos na Constituição e no ordenamento jurídico, sob pena de vício de legitimidade na decisão.

CONCLUSÃO

A distinção entre princípios e regras, bem como a existente entre as formas de solução de conflitos de normas, é de fundamental importância para o direito constitucional e para o proces-

so em geral. O processo nada mais é do que o instrumento de legitimação do discurso pela ampla intervenção das partes, resultando na aplicação do direito material ao caso concreto, envolvendo frequentemente a utilização de técnicas de subsunção e, esporadicamente, a ponderação dos princípios – ou dos princípios e regras – envolvidos no litígio posto em juízo.

Uma das hipóteses de aplicação da ponderação diz respeito justamente a um instituto de direito processual, devidamente constitucionalizado, que é o da coisa julgada, que é a qualidade da decisão de mérito irrecorrível. A avaliação da coisa julgada está sujeita à ponderação com outros direitos e princípios fundamentais, em especial por sua estatura principiológica e natureza de direito fundamental. Esta característica decorrente da sua posição no ordenamento jurídico a submete ao juízo de ponderação, já que somente poderá ser contraposta por outro princípio de relevante estatura, com potencial para minorar sua incidência, ou mesmo afastá-la por meio da regra de ponderação aplicável ao caso concreto.

A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica não podem ser vistos apenas pelos olhos do direito processual, ou serem informados apenas pelas regras que, combinadas, determinam a produção de seus efeitos. A posição da coisa julgada no direito constitucional a submete a juízos distintos, que se distanciam da mera subsunção, podendo impor o seu afastamento com base na ponderação, independentemente da incidência das regras processuais acerca das estritas hipóteses de sua revisão. Por veicular norma de direito fundamental, a coisa julgada se submete à disciplina dos direitos fundamentais, sendo que estes frequentemente se encontram em condição de conflito e, por não ostentarem caráter absoluto, podem vir a ter seu âmbito de incidência reduzido pela prevalência de outro deles no caso concreto.

Em que pese a possibilidade de ponderação, a função estabilizadora da coisa julgada, reconhecida constitucionalmente, não poderá se curvar rotineiramente às iniciativas tendentes a aboli-la. Como direito fundamental, deve sempre ser preservada na maior medida possível, sendo que as limitações serão pontuais, decorrentes de um direito de idêntica estatura e apoiado em arrazoado jurídico superior, cuja necessidade de preservação deverá ultrapassar os malefícios decorrentes da relativização da coisa julgada.

A importância da coisa julgada (e das demais normas constitucionais processuais que garantem direitos fundamentais) não permite que a simples invocação abstrata de outros direitos subtraia completamente sua incidência. Ao contrário, sua preservação é imperativa, excetuando-se as situações estritas em que uma ponderação analítica e robustamente fundamentada, acompanhada de uma melhor possibilidade de preservação das normas constitucionais, imponha uma excepcional relativização, sempre na medida mais moderada possível. A preservação dos princípios é uma das exigências da própria ponderação, uma vez que inexistente a exclusão do âmbito de validade do princípio no caso concreto, mas apenas a diminuição de seu peso para o deslinde daquela contro-

vérsia. O resultado disto é uma regra de ponderação aplicável ao caso concreto e incidente em todas as situações que ostentem rigorosamente as mesmas circunstâncias fáticas.

Aprovado: 26/11/2015. Recebido: 31/08/2015.

NOTAS

¹ Segundo ALEXY (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. Trad.: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54) “a necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, a norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa (...) por meio de: (1’). É proibido extraditar alemães. Ou: (1’’) Alemães não podem ser extraditados.”

² Sarmento (SARMENTO, 2009, p. 9-49) observa o seguinte: “Ademais, naquelas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto. A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido.”

³ “Essas regras são deduzidas a partir de uma concepção das pessoas como entes livres e iguais, que expõem suas ideias a uma crítica intersubjetiva. Essas regras seriam aplicáveis a toda argumentação prática racional. O próprio Alexy lista as mais relevantes: ‘Entre estas condições figuram a não contradição, a universalidade (no sentido de um uso coerente dos predicados utilizados), a clareza linguística conceitual, a verdade empírica, a atenção para com as implicações, a ponderação’. (ALEXY, apud BRANCO, 2009, p. 161)

A essas se somariam outras regras deduzidas por Alexy, das exigências de justiça. As mais importantes são as seguintes: 1) Quem pode falar pode tomar parte do discurso. 2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção. b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. c) Todos podem expressar as suas opiniões, desejos e necessidades. 3) A nenhum falante pode-se impedir exercer os direitos fixados nos números 1 e 2 mediante coerção interna ou externa. [...]

Com vistas a permitir que o discurso flua sem bloqueios, devem ser observadas diretrizes sobre distribuição do ônus argumentativo. Desse modo: ‘Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificativa por fazer isso. Quem ataca uma afirmação ou norma que não é objeto da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso. Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários. Quem introduz uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição se lhe pedirem para fazê-lo.’ (ALEXY, apud BRANCO, 2009, p. 161).

Regem, afinal, a fundamentação parâmetros como o de que ‘todos têm de ser capazes de concordar com as consequências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais [...]’. As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se: (a) embora originalmente passível de justificativa racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificativa, ou (b) se não era originalmente passível de justificativa racional e não foram descobertos novos motivos nesse ínterim’. Seriam, assim, corretas as decisões normativas ‘às quais todos os participantes, no discurso ideal, prestariam o próprio assentimento’. (BRANCO, 2009).

⁴ “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação de norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.” (ALEXY, 2012).

⁵ Embasados em fundamentação mais sucinta, os tribunais superiores têm admitido a relativização da coisa julgada em favor do direito à identidade genética, tanto para processar ação de investigação de paternidade, quanto ação negatória de paternidade. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA E NOVO EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “não devem ser impostas óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável”. (RE 363889, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 2/6/2011, DJe de 15/12/2011). 2. No caso, a impropriedade do pedido na ação primeira de investigação de paternidade não decorreu da exclusão do vínculo genético por prova pericial, mas sim por insuficiência de elementos para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, motivo pelo qual a condição de pai não foi cabalmente descartada naquele feito. 3. Para a admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea “c” do permissivo constitucional, é imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, nas hipóteses de dissídio jurisprudencial notório, é possível haver mitigação de exigências de natureza formal para o conhecimento do recurso especial com esse fundamento. 5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1215172/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 5/3/2013, DJe de 11/3/2013).

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao

princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada. Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do ^{STJ} e do STF. Recurso especial desprovido." (REsp 1375644/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/4/2014, DJe de 2/6/2014).

“EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 2/6/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe 238, DIVULG. 15/12/2011, PUBLIC. 16/12/2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420).”

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. p. 139-151 *Revista DOXA* n. 05, 1988, p. 146.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.
- BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na Jurisdição Constitucional*. [s.l]: Saraiva, IDP, 2009.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 143, julho/setembro 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- SARMENTO. Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Coimbra-Revista dos Tribunais, 2009. Coords. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003.

Mário José de Assis Pegado

Juiz de Direito Substituto do TJDF.

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Pós-graduado em Direito Administrativo pela
Universidade Gama Filho - UGF.

Bacharel em Direito pela PUC/RJ.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF

NUPMETAS-1, Bloco B, 2º Andar

Fórum Milton Sebastião Barbosa

Brasília/DF

CEP 70094-900

mario.pegado@tjdft.jus.br