

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Darlin Janine Koop

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES
DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Sarandi

2013

Darlin Janine Koop

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES
DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Me. Jaqueline Morandini.

Sarandi

2013

Ao Pai Eterno, pela força e proteção.

Ao meu companheiro Joelson, pelo amor e apoio.

Aos meus pais, Tarso e Marli, pelo que sou.

À minha irmã Daiane, pelo auxílio.

Ao meu filho João Vitor, por ser o motivo que me traz até aqui.

À minha orientadora professora Me. Jaqueline, pela dedicação, apoio e compreensão.

RESUMO

O instituto da coisa julgada é dentro do Direito Processual Civil, um dos institutos jurídicos que mais se solidificaram ao longo de sua evolução. Uma base sólida que dá sustentação às decisões emanadas do Poder Judiciário, um limite final à tutela jurisdicional do Estado. Torna as decisões judiciais não mais sujeitas a recursos imutáveis e indiscutíveis. Sob a justificativa de que seria necessária para assegurar a estabilidade e a pacificação social. Com as inovações genéticas acerca do exame pericial genético de DNA, que dão uma margem de certeza quase que absoluta a respeito dos vínculos biológicos de filiação. Surge no campo do direito processual civil uma importante discussão acerca da relativização do instituto da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade em que as partes envolvidas não tenham tido a oportunidade da realização do referido exame pericial genético. A teoria da relativização propõe que, em situações nas quais haja indícios manifestadamente latentes, de que a decisão revestida com o manto da coisa julgada material, seja contrária a verdade biológica, se possibilite a sua flexibilização. No entanto, é necessário cautela levando em consideração para a solução do conflito entre direitos fundamentais de mesma hierarquia a aplicação do princípio da proporcionalidade, instrumento apto a pacificar esses conflitos que, através da adequação entre meios e fins, chega à solução necessária.

Palavras- chaves: Coisa Julgada, Exame de DNA, Princípio da Proporcionalidade, Teoria da Relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	09
1.1 Do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.....	13
1.2 Do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e dos seus subprincípios.....	17
1.3 Da qualificação e do dever de proporcionalidade.....	22
1.4 Do paradigma do princípio da proporcionalidade.....	23
2 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	26
2.1 Noções gerais sobre a coisa julgada.....	26
2.1.1 Coisa julgada formal.....	31
2.1.2 Coisa julgada material.....	33
2.1.3 Previsão da coisa julgada material no ordenamento jurídico.....	34
2.1.4 A coisa julgada material e a teoria de Liebman.....	37
2.1.5 Concepção substancialista da coisa julgada material.....	39
2.1.6 Efeitos positivos e negativos da coisa julgada material.....	40
2.1.7 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material.....	41
2.1.8 Coisa julgada inconstitucional.....	43
2.2 Em defesa da relativização da coisa julgada	45
2.3 Da ação de querella nulitatis.....	51
3 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	53
3.1 Direitos humanos fundamentais.....	53
3.2 Direitos de personalidade.....	59
3.2.1 Colisão de direitos fundamentais.....	63
3.2.1 A colisão de direitos fundamentais na investigação de paternidade e a hierarquia de interesses.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	70
ANEXOS	74

Darlin Janine Koop

A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Me. Jaqueline Morandini.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Me. Jaqueline Morandini – UPF

PROF. Dr. _____ - _____

PROF. Dr. _____ - _____

INTRODUÇÃO

Ao longo da escalada evolutiva da humanidade, muitas foram as situações nas quais o direito precisou se ajustar às necessidades e anseios da sociedade, sua fonte inspiradora e fim de suas normas. A evolução traz coisas novas, diferentes maneiras de se ver e pensar o mundo. Mudanças, que nem sempre são vistas inicialmente com bons olhos, mas necessárias ao bem coletivo.

A ciência do direito, como ciência social que é, tenta acompanhar essas mudanças, se adaptando da forma que mais lhe aproveita. Ao longo da evolução jurídica, muitos foram os conceitos que se firmaram enquanto bases de nosso ordenamento jurídico. Um dos que mais atenção recebeu de doutrinadores e juristas foi o instituto da coisa julgada, sobre o qual repousam as decisões que já não podem ser discutidas, acobertadas pelo manto da imutabilidade.

O instituto da coisa julgada, tido como dogma intransponível, está elencado no rol constitucional e é regulado pelo Código de Processo Civil, em capítulo próprio, que lhe destina nove artigos, para lhe conceituar, dar alcance, e limite. Também previsto na Lei de Introdução ao Código Civil.

Seu postulado, é garantia de intangibilidade e imutabilidade a todas as decisões que transitarem em julgado, sob o fundamento de assegurar um final para a tutela jurisdicional do Estado, o que traria estabilidade e pacificação social.

Assim, conforme a humanidade alcança novos degraus na já conhecida escala evolutiva, novas tecnologias são descobertas, principalmente no campo científico. E a partir da descoberta do exame pericial genético de DNA, ácido desoxirribonucleico, novas discussões surgiram acerca de ações judiciais de investigação de paternidade, que transitaram em julgado, sem que as partes envolvidas tivessem a possibilidade de se sujeitarem ao referido exame.

Inicialmente, teorias, acerca da relativização da coisa julgada material, nessas hipóteses, foram desconsideradas, mas com o conhecimento e difusão dessas técnicas, que chegam a graus de precisão de quase 100%, surgiram na doutrina simpatizantes, como exemplo, podemos citar os autores: Elpídio Donizetti, Marcus Vinícius Rios Gonçalves,

Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Belmiro Pedro Welter, entre outros.

A partir de então, passou-se a tentar entender e dimensionar essa possibilidade. No entanto, é preciso cautela, pois a questão envolve institutos muito bem solidificados em nosso ordenamento jurídico, qual seja o da coisa julgada.

A teoria, não propõe a desconsideração total do instituto, o que se almeja é que, em alguns casos específicos, que se averiguar a possibilidade de graves violações de direitos fundamentais, nos quais a decisão transitada em julgado tenha sido construída sobre indícios e presunções, cuja verdade obtida processualmente, pode ser dissociada da verdade biológica, se possibilite então, as partes que assim desejarem a possibilidade de realizar o referido exame pericial genético.

No primeiro capítulo, se tratará acerca do princípio da proporcionalidade, sua importância para o universo jurídico, seu método de aplicação. Já no capítulo seguinte, abordaremos todas as nuances do instituto da coisa julgada e a importância da teoria da relativização. Finalizando, no terceiro e último capítulo, trataremos dos direitos humanos fundamentais e da solução para um possível conflito.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo, desenvolver uma visão mais nítida acerca dessa teoria da relativização da coisa julgada, seu marco teórico, através de uma pesquisa literária sobre o assunto e previsão no ordenamento jurídico pátrio. O método de abordagem será o hermenêutico, pois, através da interpretação dos dispositivos legais, se almeja extrair o sentido e alcance das normas. Já, o método de procedimento, será o histórico, com um estudo dos acontecimentos históricos que envolvem as origens do instituto da coisa julgada, dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana.

Através do desenvolvimento do trabalho, veremos uma abordagem acerca do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, origens, fundamento, alcance, método de aplicação. Em sequência, uma análise do instituto da coisa julgada e dos direitos fundamentais tutelados nessa demanda.

1. A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O ordenamento jurídico pátrio tem os princípios como auxiliares na compreensão e aplicação dos preceitos constitucionais, necessários à preservação do próprio Estado Democrático de Direito. São bases, das quais se parte para a solução de questões conflituosas.

De acordo com o autor Cassio Scarpinella Bueno, “[...] São eles que fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz.”. (2011, p. 128).

Partindo dessa premissa, como orientadores dos preceitos normativos, visam promover a realização dos direitos fundamentais, da dignidade humana, das liberdades e garantias destinadas a cada um, sem distinção, previstas em nossa Constituição Federal.

Para o autor Luís Guilherme Marinoni, sua importância se impõe, vezes que:

Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas ‘de acordo’, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. (2011, p. 99).

Dentre os diversos princípios que objetivam essa promoção, o princípio da proporcionalidade merece atenção frente aos demais. Desenvolvido pela doutrina, é a solução aplicável quando o conflito ocorre entre princípios.

Nos dizeres do autor, Robert Alexy, “Los principios son mandatos de optimización com respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas”. (2002, p.112).

Bueno, define o princípio da proporcionalidade, como regra da proporcionalidade, isto se daria pelas características que possui. Quando da necessidade, o princípio deve ser aplicado como uma espécie de regra, que com bases específicas, tem a faculdade de aferir valores, que serão considerados para a solução dos impasses. (2011, p. 135).

Assim, para o autor, o princípio da proporcionalidade deve ser adotado como um tipo de regra, por doutrinadores e juristas, cuja função maior é solucionar conflitos que possam surgir entre outros princípios, utilizando-se de critérios que lhe são próprios, da análise do caso concreto, considerando suas peculiaridades, objetiva a harmonização de interesses antagônicos, devendo ser adotado sempre que for aproveitável ao direito.

O autor Robert Alexy, esplanava acerca da importância da distinção entre regras e princípios:

La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales. (2002, p. 81-82).

Assim, é necessário que se faça uma distinção entre o que são regras e o que são princípios, visto que não são sinônimos que podem ser empregados para a mesma questão.

O autor, José Joaquim Gomes Canotilho, coloca a questão fazendo uma importante diferenciação, entre regras e princípios. Primeiramente, este coloca que, teriam os princípios qualidades de verdadeiras normas, colocando as regras, como outra categoria de normas. Suas diferenças se dariam, porque os princípios permitem uma maior compatibilização de situações, são mais flexíveis, convivem entre si e podem coexistir. Em caso de conflitos, permitem que situações sejam analisadas e ponderadas, de acordo com os valores envolvidos e as peculiaridades do caso concreto. Já as regras, são normas que trazem exigências, conforme o autor, “impõe, permitem ou proíbem”, quando da aplicação, umas excluem as outras, não coexistem, se a regra é válida, ela deverá ser aplicada, não há ponderação. (2003, p. 1161-1162).

O autor Robert Alexy também complementa, destacando as diferentes características e atribuições que as regras e os princípios possuem na temática jurídica :

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*.[...] Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su validez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.(2002, p. 99. Grifos do autor).

Nesse sentido, as regras se impõe de tal forma que se a situação nela prevista ocorrer, ela deverá ser aplicada, de modo direto e imediato, ela não permite meio termo. Do contrário, princípios são comandos que podem ser empregados em situações nas quais estes, em análise de ponderação de valores, sejam a melhor solução, a mais apta e necessária à resolução do conflito.

Assim, superada a distinção entre regras e princípios, feitas as considerações necessárias, vamos discutir acerca do princípio da proporcionalidade propriamente dito.

O autor Paulo Bonavides o descreve com entusiasmo, dizendo que no campo da temática jurídica é algo relativamente novo, princípio que tem a vocação de abranger as realidades do caso concreto e transformá-las segundo as necessidades reais da sociedade em dado momento. De relevância inestimável para a evolução da ciência do direito, concilia teoria e prática, para bem resolver a questão levada a apreciação do Poder Judiciário. (2011, p. 434).

O autor Gilmar Ferreira Mendes coloca que:

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições de determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.(2007, p. 49, grifos do autor.)

Desta forma, temos um princípio, com tal importância para o universo jurídico que poderia ser adotado como uma espécie de regra a ser aplicada sempre que necessária, capaz de levar a solução aos litígios, encontrando para cada situação, o meio que mais efetiva os preceitos constitucionais, considerando os fatos reais que na maioria das vezes, não têm como ser captados e normatizados pelo legislador por meio das leis. Em caso de qualquer restrição a determinados direitos, essas devem ser balizadas por esse princípio, para que se evitem injustiças.

Para os autores Barroso, Buechele e Justen Filho citando Carvalho, que considera ser o princípio da proporcionalidade uma garantia constitucional de valor inestimável, atribuiu-se a este mais de uma função. A primeira e mais nobre, seria garantir a proteção de qualquer cidadão dos desmandos dos seus governantes. Como segunda função, tem-se que é parâmetro interpretativo que servirá a magistrados e juristas, sempre que estes se depararem com situações de confronto entre dois bens igualmente tutelados pelo constituinte. (1999, p. 120).

Ainda, segundo leciona o autor Cassio Scarpinella Bueno:

Em termos bem diretos, não é errado comparar a ‘regra da proporcionalidade’ a balança que comumente é vista nas representações de Têmis, o símbolo da justiça. Pela ‘regra da proporcionalidade’, é dado ao magistrado *ponderar* as situações conflitantes do caso concreto para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger concretamente, mesmo que isto signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desta “regra” que o magistrado consegue medir os valores dos bens jurídicos postos em conflitos e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro. (2011, P. 136, grifos do autor).

Muitas vezes, operadores do direito se deparam com situações nas quais bens jurídicos de valores semelhantes, se contrapõe um com outro. É nessas possibilidades, que esse princípio ou regra melhor se aproveita. Pois, na medida em que se analisam as peculiaridades, os detalhes da questão a ser apreciada, se aplicam os critérios adotados pelo princípio e se obtém a solução mais compatível, com o que estabelece a Constituição, mesmo que em determinados momentos, certos princípios se sobressaem frente a outros, por possuírem, naquelas condições, maior relevância.

O autor Paulo Bonavides, acredita que esse princípio é uma característica do Estado de Direito que estamos vivendo, alternamos do período da igualdade-identidade, para a igualdade-proporcionalidade, e que mesmo não estando inserido no plano constitucional como norma escrita, as atribuições do princípio são cada vez maiores. (2011, p.434).

Acrescenta o autor que “é na qualidade de um princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito constitucional.” (2011, p. 435).

Assim, necessário será atribuir ao princípio, o valor que lhe é de direito, como instrumento eficaz, quando do conflito entre princípios.

Ainda segundo o autor, principalmente no campo do Direito constitucional, já se adotam diversas expressões que demonstram sua influência, tais como, “os incisos V, X, XXV do art. 5º, do diploma constitucional, sobre direitos e deveres individuais e coletivos; os incisos IV, V e XXI do art. 7º da Constituição Federal, sobre direitos sociais; e o §3º do art. 36 do referido diploma legal, sobre a intervenção da União, nos Estados e no Distrito Federal[...]”.(BONAVIDES, 2011, p. 434).

Desta forma, o princípio está consagrado em nosso ordenamento jurídico conforme se extrai das passagens citadas. É um instrumento que deve ser valorizado, visto que, tem como função garantir a aplicação dos preceitos constitucionais, assegurando que os valores contidos em nosso ordenamento jurídico, sejam respeitados.

1.1 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Para se compreender um pouco mais o princípio da proporcionalidade ou princípio da razoabilidade, será necessário fazer inicialmente uma abordagem histórica acerca do tema, os episódios relacionados ao seu surgimento, momentos históricos, razões que deram inspiração e serviram de base para sua criação.

Segundo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é muito antigo, e nas últimas décadas vem sendo aplicado no campo do Direito Administrativo, como meio de limitar as

extravagâncias daqueles que detinham o poder nas mãos. Mais recentemente, alcançou a esfera do Direito Constitucional, em face da grande importância dada no momento aos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. (2011, p. 398).

Para Buechele, Justen Filho, e Barroso, é necessário se levar em conta acontecimentos históricos que trouxeram o referido princípio à cena e lhe deram a importância atual, tais como, a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, no qual o poder, que antes era absoluto do monarca, passou a pertencer a outros órgãos, como o Poder Judiciário. (1999, p. 135).

Assim, de um modo geral, seu surgimento está relacionado ao apogeu dos direitos do cidadão, uma evolução dos direitos e garantias fundamentais que passaram a nortear nosso ordenamento jurídico, para garanti-los, surgiu a necessidade de impor limites aos abusos cometidos pelos poderosos da época, objetivando assegurar seu respeito e cumprimento.

Partindo da aplicação no campo do direito administrativo, teve sua incidência ampliada para o direito constitucional, o que se deve em parte ao Direito Alemão. Nesse sentido, leciona Bonavides:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nessa segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução no Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça. (2011, P. 407).

Acerca das origens do princípio, discorrem Buechele, Justen Filho, e Barroso que destacam, “apesar de a Inglaterra ser reconhecida como o berço do princípio da Proporcionalidade, interessar-nos-á mais o desenvolvimento daquele cânone constitucional no direito norte- americano e alemão.”(1999, p.137).

Os mesmos autores citam Suzana de Toledo Barros, que ensina que, foi na Alemanha que o princípio foi concebido, tal qual o temos hoje, do campo do direito administrativo para o direito constitucional. (BARROS apud BUECHELE; JUSTEN FILHO e BARROSO, 1999, p.142).

Nesse ponto, mesmo que o princípio da proporcionalidade tenha se originado na Inglaterra, foi no direito alemão que ele passou a ter status constitucional e ser aplicado para garantir a efetivação dos objetivos instituídos pelo ordenamento jurídico daquele país.

Esse princípio, no decorrer das décadas, foi aperfeiçoado e seu campo de incidência foi ampliado, de modo que, passou a abranger praticamente todas as áreas do direito. Como passou a ter status constitucional, tem atualmente como sua função principal assegurar a proteção das garantias e dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional.

Complementando, Buechele, Justen Filho, e Barroso, utilizando ensinamento de Barros:

[...] discorrendo sobre as variantes terminológicas utilizadas para traduzir a idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade, informa que ambas as expressões tem sido indistintamente invocadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando quer “expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica e em harmonia com a ordem jurídica vigente.” Mas anota-se que ‘os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição do excesso (Ubermass) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade’ [...]. (1999, 122-123).

Nesse mesmo sentido, os autores Cintra, Dinamarco e Grinover colocam que nosso tribunal de maior hierarquia, o Supremo Tribunal Federal, tem ambas as expressões, proporcionalidade e razoabilidade, como sinônimos que emprega aleatoriamente em seus julgados. (2011, p. 334).

No direito pátrio, ambas as expressões são utilizadas como sinônimos, empregando-se hora uma, hora outra, para refletir a mesma idéia. Já os norte-americanos, conhecem o mesmo princípio como razoabilidade, e os alemães o intitulam proporcionalidade, representam eles os mesmos valores. Possibilitando ao Poder Judiciário, mais liberdade para decidir em conformidade com seus critérios.

Portanto, o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, na verdade, tratam-se de duas expressões diversas, que são atribuídas à mesma questão.

Também, no campo do Direito Administrativo se tem essa noção. O autor Celso Antônio Bandeira de Mello, leciona acerca do princípio da razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas--- e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis----, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração as situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição do acatamento as finalidades de lei atributiva da discricção manejada.

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados). (2006, p. 105 e 106, grifos do autor).

Desta forma, o princípio intitulado proporcionalidade ou razoabilidade está implícito no texto constitucional, como instrumento necessário a efetivação dos direitos por ela atribuídos aos cidadãos. No Direito Administrativo é normalmente conhecido como princípio da razoabilidade e é largamente utilizado para disciplinar a atuação de órgãos estatais no exercício de suas funções públicas. Sendo que, esses deverão agir amparados pelas bases desse princípio, atrelado ao devido processo legal, princípios da legalidade e da finalidade inerentes às funções públicas.

Mello classifica o princípio da proporcionalidade como uma extensão do princípio da razoabilidade, tendo como bases os mesmos dispositivos constitucionais sendo, o art. 37, o5º, inciso II e o 84, inciso IV da Constituição Federal.(2006, p. 107).

E prossegue o autor, afirmando que a esse se deve dar uma atenção especial, visto que, sua função seria analisar a proporcionalidade do ato praticado pelo detentor de uma função pública. E, poderia servir inclusive, como fundamento para uma possível ação judicial. (MELLO, 2006, p. 107).

Assim, de acordo com seu entendimento, o princípio da proporcionalidade nada mais é que uma derivação da razoabilidade, ambas amparadas pela mesma fonte constitucional.

Os autores Magno Federici Gomes e Ricardo Moraes Cohen nos trazem uma lição de Daniel Carneiro Machado:

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esse princípio, que consiste na relação de congruência lógica entre o motivo ou fato e a atuação concreta do Poder Público, inclusive do Judiciário, possibilita aferir se o ato praticado está dentro da moldura constitucional e infraconstitucional. Serve, pois, de balizamento à interpretação e à aplicação das leis, preconizando o bom senso dos legisladores, intérpretes e aplicadores do direito, que devem praticar seus atos com respeito à legalidade e, principalmente, à Constituição. (MACHADO, 2005 apud GOMES e COHEN, 2008, p. 91-92).

Assim, o direito pátrio, conforme se extrai inclusive do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não faz diferenciação dos princípios, mantem uma relação lógica, porque precisam ser analisados sob a mesma ótica. Como uma razão a ser empregada, para aferir valores a duas medidas que, a princípio tem a mesma valoração. Deve ser observada uma relação de adequação entre meios e fins. Envolve uma noção do que é justo, razoável, sopesando aspectos relevantes socialmente naquele dado momento, como o econômico, o político, o cultural, sempre em consonância com os preceitos contidos em nossa Constituição Federal.

1.2 Do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e dos seus subprincípios

O alcance do princípio da proporcionalidade é algo que ainda vem sendo delineado em nosso ordenamento jurídico. Com critérios próprios que o auxiliam em sua função elementar, qual seja, solucionar conflitos que porventura ocorram entre outros princípios.

Segundo lição de Baracho, o princípio da proporcionalidade é amplamente aplicado nos diversos ramos que compõe a ciência do direito, seja no direito penal, no direito público ou no privado. Assim, pode ele ser utilizado em todos os campos do direito, nas diversas situações que se apresentarem. É um instrumento eficaz, para se evitar injustiças, traz equilíbrio às relações jurídicas, independente de onde seja aplicado.(2008, p. 393).

Conforme o autor Paulo Bonavides, citando o autor Pierre Muller “ Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade è a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.” (2011, p. 393).

Para os autores Buechele, Justen Filho, e Barroso, citando Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade, amplamente analisado, busca uma relação de equilíbrio, envolve valores inestimáveis, que compõe determinado conflito, é importante para bem decidir a respeito de determinados direitos postos em análise. .(1999, p.123).

Desta forma, analisado no sentido amplo, o princípio da proporcionalidade deve ser tido por parâmetro, a juristas e aplicadores do direito, com o intuito de bem exercer suas funções, em todas as áreas da ciência jurídica, um instrumento apto a abranger todas as peculiaridades sociais e conjugá-las de acordo com os valores constitucionais.

Contudo, para melhor compreendê-lo, além da análise de seu sentido amplo, estudaremos também seus elementos parciais ou subprincípios. Seriam eles, o subprincípio ou regra da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade estrita. Para entendermos melhor, analisaremos um a um individualmente.

Sendo assim, Bonavides coloca que o primeiro elemento ou subprincípio, seria o da pertinência ou aptidão, mas também conhecido como subprincípio da adequação. Preceitua que, a medida a ser adotada deve ser apta e suficiente para alcançar o objetivo- fim, a que se propôs, devendo ser adequada, apropriada para tanto, alega ser confundido por muitos com o princípio da vedação do arbítrio, tendo como objetivo adequar meios e fins. (2011, p. 396-397).

Para o autor Cassio Scarpinella Bueno, “de acordo com a regra da *adequação* o que se deve buscar é a exata correspondência entre meios e fins para que haja uma correlação lógica entre os fins e os meios utilizados ou utilizáveis para serem alcançados”.(2011, p. 136).

Deve-se garantir que os meios, que serão empregados, objetivem unicamente os fins perseguidos, para se evitar uma situação desproporcional e injusta ou abusiva.

Em sequência nos dizeres de Buechele, Justen Filho e Barroso:

[...] sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto capaz de lograr o desiderato pretendido. (1999, p.126).

Assim, as providências adotadas para a solução do conflito devem se mostrar equivalentes, ser adequadas para realmente se chegar ao objetivo pretendido, sem abusos ou violação excessiva do direito alheio.

Na sequência, temos como segundo elemento ou subprincípio do princípio da proporcionalidade, a regra da necessidade.

Segundo o autor Cassio Scarpinella Bueno, seria uma espécie de avaliação a ser feita dos meios adotados para a resolução da questão. Dentre todas as opções disponíveis, devem ser escolhidas aquelas que melhor aproveitarem ao ato. Que mais benefícios trouxeram a ambas as partes, que mesmo aquela que não lograr êxito, não sofra demasiadamente com as consequências que fluírem da questão. (2011, p.136).

Assim, o entendimento do autor Paulo Bonavides, citando o publicista francês Xavier Philippe:

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (Erforderlichkeit), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou a medida para ser admissível deve ser necessária.

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.(2011, p.397).

E nos dizeres de Buechele, Justen Filho, e Barroso, citando Suzana de Toledo Barros, que pede cautela nas situações em que o princípio for aplicado, deve-se observar que as medidas adotadas sejam necessárias e suficientes à resolução da questão, sem excessos ou abusos e que não se disponha de outros meios aptos a causar menores lesões ao direito alheio.(1999, p. 132).

Segundo esse entendimento, para a situação conflituosa que se apresenta o meio a ser escolhido deve ser o único, ou o mais eficaz dentre todos os disponíveis, que o impacto da violação, seja o menos prejudicial possível, para a parte que sucumbiu. A medida deve ser extremamente necessária.

Em sequência, para concluir a esfera organizacional do princípio da proporcionalidade, seu terceiro e último elemento ou subprincípio, que é a proporcionalidade em sentido estrito.

Para o autor Cassio Scarpinella Bueno, esse terceiro elemento que pertence ao princípio da proporcionalidade, seria uma espécie de análise, uma revisão das regras aplicadas anteriormente. Que verifica se os meios empregados, são a melhor solução dentre as possíveis, a que mais aproveitará ao caso, com vantagens e desvantagens bem sopesadas. (2011, p. 136).

Segundo o que expõe o autor, a proporcionalidade em sentido estrito, seria como uma balança que avalia a aplicação de duas medidas. Ela analisará a correlação entre os meios adotados e os fins obtidos. Se o resultado que se obteve, foi proporcional à desvantagem imposta à outra parte.

Segundo o autor, Robert Alexy:

La máxima de la *proporcionalidad em sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra em colisión con um principio opuesto, en ton ces la posibilidad jurídica de la relación de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. (2002, p. 112).

Assim, é necessário que dentre as possibilidades juridicamente aceitáveis para a resolução da questão, seja adotada a que for mais apta e necessária e que acarrete menores ônus à parte que sucumbiu.

Desta forma, para Buechele, Justen Filho e Barroso, o núcleo gravitacional desse último elemento é a verificação da relação meios, fins, vantagens, desvantagens. A equivalência dessa razão é a resposta pretendida. Busca-se, o meio mais adequado e necessário, que mais vantagens puder trazer para a solução da questão ali discutida. (1999, p.132).

Nesse ponto, colocados todos os elementos ou subprincípios que compõe a proporcionalidade, o autor Cassio Scarpinella Bueno da uma idéia geral, da importância da compreensão do princípio da proporcionalidade e de seus elementos:

Como não é possível o estabelecimento *prévio* e *unívoco* de qualquer prevalência entre os diversos princípios jurídicos (relativos ao processo civil ou, mais amplamente, entre quaisquer princípio de direito), é que se faz mister que o magistrado, ao considerar sua aplicação em cada caso concreto, faça-o *motivadamente*, explicando as razões pela quais entende que um deve prevalecer sobre o outro, dando especial destaque às considerações acima identificadas, vale dizer: justificando por que o princípio prevalecente é o mais *adequado*, por que é o mais *necessário*, dizendo, em última análise, por que a solução é mais justa para o caso concreto (regra da proporcionalidade em sentido estrito). (2011, p. 137, grifo do autor).

Assim, o autor demonstra que em qualquer ordenamento jurídico, é muito difícil que as normas acompanhem a rápida evolução da sociedade e também, por mais específicas que sejam, não conseguem englobar todas as peculiaridades das situações que ocorrem.

De fato, é muito difícil quando dois princípios de igual hierarquia se confrontam, cada qual tutelando direitos específicos. A questão é complexa, e a solução surge da aplicação do princípio da proporcionalidade com seus critérios de verificação. Qual, dentre os direitos tutelados, será o mais adequado e necessário, em consonância com os ditames constitucionais.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade, com seus critérios de aplicação e seus subprincípios é um instrumento eficaz para auxiliar magistrados e operadores do direito na solução desses conflitos, objetivando alcançar soluções mais justas e menos gravosas.

1.3 Da qualificação e do dever de proporcionalidade

A proporcionalidade, seja como princípio geral de direito ou como princípio constitucional, é um instrumento efetivador dos objetivos contidos na carta constitucional. Com seus meios próprios, de forma suficiente e adequada, é um instrumento pacificador de conflitos, assegurando o respeito aos direitos fundamentais.

Para o autor Humberto Ávila, “é exatamente do modo de solução da colisão dos princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas”.(1999, p. 27-54).

Daí advém o dever de proporcionalidade do Estado. Cabe a esse, sempre que interesses antagônicos se contrapõe, apurar qual, dentre esses momentaneamente sobressaía.

Em sequência, o autor coloca o dever de proporcionalidade, como uma obrigação do Estado – Juiz, que, quando estiver diante de uma situação na qual dois princípios entram em conflito, tem o dever de prestar a melhor solução à questão, a mais adequada e necessária, que deve possibilitar a realização de ambos os princípios, na medida da questão analisada. Que a decisão não viole de maneira demasiada nenhum deles. (ÁVILLA, 1999, p. 27-54).

Já, para Bonavides, o princípio da proporcionalidade evoluiu de maneira notável, e alcançou o campo do Direito constitucional, de modo que, sua importância não pode ser ignorada. Considerado princípio fundamental para solução de conflitos entre outros princípios, componente de uma ordem que deve ser respeitada, visto que, juntamente com todos os outros princípios, compõe o Estado Democrático de Direito. (2011, p. 402).

Assim, demonstra-se que, apesar de não compor a letra da lei, há um dever de aplicação do princípio, sempre que esse aproveitar ao direito. Do contrário, sua não aplicação, pode configurar uma afronta aos valores consagrados na lei maior.

Novamente, o posicionamento do autor, Humberto Ávila:

A relevância que o direito moderno começou a atribuir ao dever de proporcionalidade se explica pelo estabelecimento de direitos e garantias individuais das Constituições modernas. A proporcionalidade com a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, do outro, a garantia de direitos individuais. (ÁVILLA, 1999, p. 27-54).

Assim, como nossa Constituição Federal preconiza como centro e fim do direito, a proteção aos seus postulados, principalmente à dignidade da pessoa humana, um de seus princípios fundamentais, a proteção aos direitos fundamentais e as garantias constitucionais. O princípio da proporcionalidade, destaca-se entre os demais princípios garantidores da ordem jurídica, como aquele que além de proteger os postulados constitucionais, é também instrumento apto a pacificar conflitos que possam ocorrer entre outros princípios integrantes de nossa ordem jurídica, dessa forma, como um pacificador a serviço do Estado Democrático de Direito, que configura praticamente um dever a sua aplicação.

1.4 Do paradigma do princípio da proporcionalidade

Se recorrermos à pesquisa do termo paradigma, teremos que este pode ser entendido como um modelo ou padrão. Partindo dessa premissa e aplicando-o no campo do direito em estudo, como “paradigma do princípio da proporcionalidade”, podemos entender que o princípio, através dessa expressão, pode ser tido como um modelo, ou um padrão a ser adotado pelos operadores do direito, na solução de conflitos.

A evolução do direito traz inovações necessárias para a adequação deste, em conformidade com a sociedade, sua razão de ser, fonte orientadora e personificação de suas normas.

Segundo Bonavides, o princípio da proporcionalidade passou a ser tido como princípio constitucional, principalmente graças à Alemanha e a Suíça, que foram os precursores ao lhe atribuir status constitucional. Esse princípio é muito importante, pois concilia o direito formal, com o direito material, aplica a norma legal a casos concretos e possui a faculdade de aferir valores e chegar a soluções práticas o mais eficazes possíveis. (2011, p.399).

E ainda, há de se ressaltar que o direito, como ciência social que é, repleta de formalismos, não consegue abranger todas as nuances que compõe as relações humanas e, portanto, não pode suprir as necessidades de uma sociedade cada vez mais conflituosa. Aqui, podemos citar a evolução das mídias digitais, os avanços científicos, os culturais e até a alteração de valores morais que são trazidos à apreciação do Poder Judiciário para deslinde. Assim, necessário se faz a adoção desse princípio que pode ser visto como a própria balança de Têmis, a sopesar os interesses ali discutidos.

O referido princípio demonstra sua presteza exatamente nesse ponto, se levando em consideração que, a sociedade em que vivemos e as relações humanas, vivem em constantes transformações, sendo que as normas que disciplinam os conflitos acabam por desatualizadas e insuficientes para a solução das lides. E, a Proporcionalidade adotada como modelo para sopesar caso a caso, é o que de mais efetivo existe para essas situações, concilia a medida da lei a fatos reais.

Prossegue o autor assegurando que, o princípio da proporcionalidade mesmo que não insculpido nas páginas da lei maior, têm o condão de garantir o cumprimento e a proteção dos preceitos constitucionais e a equidade no tratamento destinado a cada indivíduo. (BONAVIDES, 2011, p.436).

Brilhantemente conclui, a respeito da importância do princípio para o direito constitucional:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade. (BONAVIDES, 2011, p. 436).

Desta forma, o princípio possui sim em sua essência poder normativo, visto que, representa valores consagrados como cânones do Estado de Direito, estabelecidos no texto constitucional, como bases de organização deste, objetivos a serem alcançados, tais como os direitos e garantias fundamentais, destinados a todos os indivíduos. Deve ser tido como um modelo, uma espécie de padrão para a resolução de conflitos, que possam surgir em qualquer campo do direito, em busca da justiça, deve ser respeitado e aplicado pelos operadores do direito, para se obter a exata medida dos direitos discutidos no litígio.

2. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Desde o advento do exame de DNA, nasceu no campo do direito a discussão acerca da relativização da coisa julgada, nas ações de paternidade que transitaram em julgado, sem que as partes envolvidas no litígio tivessem tido a oportunidade de se sujeitarem a realização do referido exame pericial genético. Que surgiu na década de 1990 e até hoje é adotado para confirmar ou excluir o vínculo biológico de filiação.

2.1 Noções gerais sobre a coisa julgada

Na esfera do Direito Processual Civil Brasileiro, um dos pilares mais bem edificados é o da autoridade da coisa julgada. A Constituição Federal de 1988, lança sobre ela o seu manto no artigo 5º, inciso XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e “a coisa julgada”.

Historicamente, o instituto foi utilizado pelos romanos conforme discorre o autor José Eduardo Carreira Alvim, citando Chiovenda:

No direito romano, a coisa julgada era a “expressão de exigência de certeza e segurança no gozo dos bens da vida”; era a *res in iudicium deducta*, depois de *iudicata*. Não pensavam os romanos em atribuir ao que o juiz afirma, só porque o afirma o juiz, uma presunção de verdade. O famoso texto, *res iudicata pro veritate accipitur*, significa, apenas, que o pronunciamento do juiz, que reconhece ou nega um bem da vida, quer dizer, que recebe ou rejeita a demanda, soa, não efetivamente como verdade, mas *em lugar* da verdade. Entre os romanos, apenas a *sententia* passava em julgado; não, as *interlocutiones*.

Os romanos assentavam a coisa julgada, sobretudo num pressuposto de ordem prática: garantir ao vencedor da demanda o bem da vida reconhecido pela sentença. (2007, p. 329 a 330).

Assim, o instituto da coisa julgada, mesmo na análise de suas raízes mais remotas, já tinha o condão de garantir aos que do julgado necessitassem, certa estabilidade quanto ao que decidido fosse, o que não significava ser a verdade real, mas sim, o que em seu lugar se colocasse, a critério do julgador.

Também, nesse sentido o autor Sérgio Gilberto Porto, citando o autor Ulpiano, que ensina que, durante a Idade Média se tinha a coisa julgada como uma forma de presunção de verdade, sabiam eles que, nem sempre a decisão obtida ao final da tutela do Estado refletia a verdade, mas nem por isso tinha ela menos valor. Assim, tinha-se com a presunção de verdade, o fundamento para o instituto na época.(1998, p. 40).

Nas palavras do referido autor, temos a mesma idéia já citada, o que se buscava não era a “verdade da vida, a verdade mais justa, na exata medida da palavra”, mas sim a verdade estabilidade, a meia verdade.

A autora Suzana Santi Cremasco, acrescenta que, o instituto em estudo se firmou para o direito como uma espécie de dogma, ao qual todos devem prestar reverência, se sujeitando a seus efeitos, um limite final as discussões travadas entre as partes, que teria o condão de estabelecer paz e segurança a coletividade. (2011, p. 50).

Assim, a coisa julgada foi concebida para, em certo momento, pôr fim a qualquer litígio e sua força opera quando findos todos os meios recursais existentes, eis que ao transitar em julgado, estabelece ela, com a letra fria da sentença imposta as partes, sua verdade, que nem sempre espelha a realidade dos fatos, nem sempre a razão esta ao lado do vencedor, ela frente a tudo, impõe seus efeitos a todos, e seu caráter imutável reveste o julgado, fazendo dele o que ditará as regras dali para frente.

Ainda, a autora Suzana Santi Cremasco, complementa:

A razão de ser da imutabilidade produzida pela coisa julgada e, portanto, o seu fundamento, é o princípio da segurança jurídica, que se manifesta através da estabilidade que é conferida às decisões judiciais que põe fim aos conflitos de interesses existentes e por força da qual, a partir de um dado momento, o seu conteúdo não pode mais ser alterado, senão naquelas hipóteses expressamente previstas em lei e desde que observados os procedimentos legais adequados para tanto. (2011, p.55).

Uma vez, esgotadas as vias recursais e sacralizada a coisa julgada, os ânimos exaltados serão acobertados por seu manto pacificador, e isso se justifica pelos anseios daqueles que desejam ter seus direitos garantidos e resguardados.

Sobre a visão do autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, “A razão jurídica da coisa julgada é a segurança nas decisões, que ficaria seriamente comprometida se houvesse a possibilidade de rediscutir questões julgadas em carácter definitivo”. Ela encerra, de uma vez por todas, a controvérsia ou o conflito levado a juízo.(2011, p. 41).

Também, o autor Vicente Greco Filho, acrescenta que “ a coisa julgada, portanto, é a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença, que decorre de estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis”.(2008, p. 274).

Nesse sentido, o instituto da coisa julgada nasceu na esfera jurídica pela necessidade de estabilizar conflitos, impedindo que discussões se estendessem ilimitadamente pela insatisfação da parte derrotada, o que seria inconcebível, uma vez que traria gastos inestimáveis ao Poder Judiciário e acarretaria graves instabilidades jurídicas.

Conforme coloca o autor Elpídio Donizetti, citando Miguel Teixeira Souza:

Nos dizeres de Miguel Teixeira Souza, a coisa julgada é “exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma ação seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela, é por isso, expressão dos valores da segurança e certeza que são iminentes a qualquer ordem jurídica. (2011, p.623).

E ensina o autor Misael Montenegro Filho, nesse mesmo sentido, que a coisa julgada demonstra sua importância para o ordenamento jurídico, pois, ao final da tutela jurisdicional, superadas todas as fases, utilizados ou não todos os meios recursais, a decisão transita em julgado e não mais se permite sejam rediscutidas as questões já debatidas, isso para assegurar que em dado momento se alcance estabilidade e segurança para a relação jurídica, o que não seria possível se do contrário fosse. (2011, p. 552).

Assim, o instituto da coisa julgada, foi concebido e moldado em nosso ordenamento jurídico, para assegurar valores que mantem a paz e a organização social. Foi concebido, para bem guardar as decisões já debatidas pelos interessados e vencida por uma das partes do litígio.

Uma vez que, incertas ficariam as relações se nunca chegassem a um ponto final.

Também, o autor Marcos Destefenni, citando Mourão, que liga o instituto da coisa julgada, ao próprio Estado Democrático de Direito, colocando que sua função primordial seria sim, conferir estabilidade as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, amparado pelo princípio da segurança jurídica”.(2010, p. 246).

Nesse contexto, a idéia que circunda o instituto em análise, é a do bem coletivo, o que será mais benéfico socialmente, um final estável a uma situação jurídica litigiosa, mesmo não tendo uma das partes alcançado o objetivo que buscou, ou perpetuar discussões que não chegariam a lugar algum, sendo que, a parte derrotada buscaria novos julgamentos, e decisões opostas se acumulariam sem um final, final. Isso seria o reflexo da própria desordem social, o caos judiciário.

Para o autor Humberto Theodoro Júnior, quando o legislador criou e garantiu a aplicação do instituto da coisa julgada, ele não tinha como preocupação principal a verdade real, a mais pura justiça, seu objetivo foi estabelecer um mecanismo que colocasse limite as discussões travadas por determinados bens, nas palavras do autor, seria “ uma exigência de ordem prática”, a preocupação principal seria a paz e a segurança social. (2011. p. 549).

Assim, a coisa julgada estabelece um limite final às obrigações jurisdicionais do Estado, que é responsável pela questão levada até ele pelas partes, só até dado momento. Uma vez esvaídos todos os meios utilizados para se tentar alterar a decisão, não mais se permitirá que sejam retomadas as discussões acerca das questões colocadas em juízo, mesmo que em outro processo.

O autor José Eduardo Carreira Alvim, apresenta o que define como, a justificação da coisa julgada, citando o autor Moacir Amaral Santos:

Tendo em vista que a sentença definitiva, uma vez transitada em julgado, não pode mais ser modificada, procura a doutrina a justificar esse fenômeno.

Através do processo, as lides são resolvidas com *justiça*, isto é, mediante aplicação da lei.

Por isso, o Estado concede às partes os recursos, por meio dos quais se pode modificar uma sentença errada ou injusta. Mas esta procura de justiça deve ter um limite, além do qual não mais se permita discutir o julgamento operado através da sentença. Do contrário, não haveria estabilidade dos direitos, e ninguém teria assegurado o gozo dos bens da vida.

Este é o fundamento *político* da coisa julgada, imposto por motivos de ordem prática e de exigência social: que em um determinado momento a sentença se torne imutável. (2007, p. 332).

Desta forma, a razão de ser do instituto, se justifica, vezes que, até o momento que a decisão transita em julgado, é possibilitado às partes uma série de recursos, que podem ou não ser aproveitados por elas, de acordo com sua vontade. Sendo essa, a oportunidade para elas comprovarem suas “verdades”, esgotados esses meios, a questão é apreciada pelo julgador e esse, através da sentença, manifesta seu convencimento, uma vez transitando em julgado a decisão, o instituto da coisa julgada passa a impor seus efeitos, assegurando a imutabilidade do julgado. O que garante que, uma das partes tenha a certeza do direito obtido com a sentença, que a partir dali estabelecerá estabilidade a relação.

Assim, observada a importância do instituto da coisa julgada para a aplicação do direito, em busca da paz e estabilidade social e para entender melhor seu campo de incidência e correta aplicação, será necessário um estudo mais específico, analisar seus componentes individualmente, passando por suas espécies, limites e efeitos.

2.1.1 Coisa julgada formal

Portanto, da análise do instituto da coisa julgada, temos que este possui dois aspectos, o formal e o material. O primeiro, reveste qualquer sentença, desde que, tenham se esgotado todos os meios recursais, cabíveis a espécie. Já o segundo, reveste somente as sentenças que tenham se pronunciado quanto ao mérito da questão levada a juízo.

Conforme bem elucida, o autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Não há propriamente duas espécies de coisa julgada, como preconizam alguns. Ela é um fenômeno único ao qual correspondem dois aspectos, um de cunho meramente processual, que se opera no mesmo processo no qual a sentença é proferida, e outro que se projeta para fora, tornando definitivos os efeitos da decisão. Isso impede que a mesma pretensão seja rediscutida em juízo, em qualquer outro processo. Ao primeiro aspecto dá-se o nome de *coisa julgada formal*. Todas as sentenças, mesmo aquelas em que não há resolução de mérito, tornam-se imutáveis em determinado momento, quando contra elas não cabe mais recurso. O segundo aspecto é denominado *coisa julgada material*, que recai apenas sobre as sentenças de mérito, impedindo que a mesma pretensão venha a ser rediscutida posteriormente em outro processo. (2011, p. 41, grifo do autor)

A coisa julgada garante a estabilidade aos julgados. Seu aspecto formal estabelece limite às partes de discutirem o litígio, possibilita-lhes se valer de um leque de instrumentos, que são aptos a reformar a decisão, no entanto, uma vez exauridos esses meios, opera seus efeitos. Já o aspecto material, se opera para além do processo e lança-se sobre a relação jurídica, fazendo lei entre as partes envolvidas no litígio, cuja decisão agora é revestida pelo manto da imutabilidade.

O autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, classifica o aspecto formal da coisa julgada, como um fenômeno intraprocessual, visto que, ele ocorre dentro do processo ao qual pertence, não projeta seus efeitos para além deste, e a questão poderá ser apreciada, desde que as partes a proponham novamente. Todas as sentenças, em dado momento fazem coisa julgada formal, sejam elas de mérito ou simplesmente terminativas. O autor a define como “preclusão

máxima”, pois ocorre quando tiver havido preclusão temporal, consumativa ou lógica de todos os meios previstos em nosso ordenamento jurídico. (2011, p. 41 - 42).

Nesse sentido, o autor Elpídio Donizetti, citando Liebman, explica a coisa julgada formal, como um degrau que precisa ser alcançado na busca da coisa julgada material. Pode acontecer de os efeitos da decisão não alcançarem esse segundo degrau. Mas nunca, se alcançará o segundo sem atravessar esse primeiro. Assim, para a coisa julgada material operar seus efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade, é imprescindível que tenha ocorrido à coisa julgada formal.(2011, p. 603).

E, com suas próprias palavras prossegue o autor Elpídio Donizetti, falando mais sobre a dependência da coisa julgada material em relação a coisa julgada formal.

A coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, mas a recíproca não é verdadeira. A coisa julgada formal veda apenas a discussão do direito material no processo extinto pela sentença. A ocorrência da coisa julgada material, por sua vez, veda não só a reabertura da relação processual, como qualquer discussão em torno do direito material. Evidentemente que, enquanto não realizado o direito, nos casos em que há condenação, poderá a parte, no mesmo processo, requerer o cumprimento da sentença.(2011, p. 603).

O autor Humberto Theodoro Júnior, complementa a lição, através de seu ponto de vista, enfatizando que a coisa julgada formal pode sim existir sozinha, mas com a material, isso não ocorre em hipótese alguma. E ainda, como exemplo cita aquelas situações em que ocorre a coisa julgada formal, como nas decisões que anulam um processo ou decretam a sua extinção, onde não há, pronunciamento judicial acerca do mérito da causa. (2011, p.546).

Assim, o instituto da coisa julgada através de seus aspectos material e formal, impõe seus efeitos, seja no interior do processo do qual advêm, seu aspecto formal ou para além desse, como veremos a seguir, seu aspecto material. Esse segundo aspecto depende do primeiro, possui com ele uma relação lógica, já o aspecto formal da coisa julgada, como bem observado, independe do material.

2.1.2 Coisa julgada material

Como já analisamos detalhadamente o aspecto formal, do instituto da coisa julgada, vamos ao aspecto material. Este, diferentemente do primeiro, reveste somente as sentenças que tenham decidido acerca do mérito, o artigo 467 do Código de Processo Civil traz uma espécie de conceito, do que seria a coisa julgada material, que para o autor Marcos Destefenni, deixa a desejar, uma vez que não diferencia desta, o aspecto formal da coisa julgada. (2010, p. 247).

Temos que, para que haja coisa julgada material, é imprescindível que no processo tenha se dado coisa julgada formal. O que significa que tenham sido usados todos os meios recursais, previstos no ordenamento jurídico, ou esgotados seus prazos.

Para o autor, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, falando acerca da coisa julgada material, diz que esta pertence aos julgados de mérito e consiste na imutabilidade não da sentença, mas de seus efeitos, projetando-se para além do processo que a originou, impedindo nova propositura da ação. (2011, p. 248).

Segundo o autor Marcos Destefenni, na coisa julgada material, os efeitos da decisão são projetados para fora do processo da qual derivou “define como efeitos panprocessuais”. O conteúdo decidido ali, não pode mais ser retomado, nem em outro processo, nem por qualquer outro órgão recursal. (2010, p. 248, grifo nosso).

Para o autor, Vicente Greco Filho:

A coisa julgada material, que é a imutabilidade do dispositivo da sentença e seus efeitos, torna impossível a rediscussão da lide, reputando-se repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor ao acolhimento ou rejeição do pedido. Isso quer dizer que não importam as razões que levaram à decisão, não podendo ser aduzidas novas razões para se tentar repetir a demanda [...]. (2009, p. 277).

Assim, no decorrer do trâmite processual, é possibilitado as partes prazos para que elas tragam ao processo tudo aquilo que entenderem necessário, para comprovar suas alegações, esgotados esses prazos, o Judiciário apreciará todos os elementos probatórios e proferirá seu

juízo. Caberão novos prazos, para as partes se manifestarem acerca da decisão e tentarem reformá-la.

Ao final, esgotados todos os meios recursais, com o trânsito em julgado da decisão, a coisa julgada material torna o julgado imutável, impede qualquer rediscussão acerca do que foi decidido, independente do que foi dito ou não, a questão será indiscutível, tanto nesse, como em qualquer outro processo.

Com o trânsito em julgado da decisão, não mais se pode alterar o que ali decidido foi, o julgado é envolvido pela imutabilidade e, conforme cita a autora Suzana Santi Cremasco, “a decisão transitada em julgada era capaz de fazer do branco, preto e do quadrado, redondo [...]”. (2011, p. 51).

O autor, Elpídio Donizetti, contribui através de suas palavras explicando que “a diferença da coisa julgada material é que agora a sentença transitada em julgado não só encerra a relação processual, mas compõe o litígio, havendo portanto, modificação qualitativa na relação de direito material subjacente ao processo”. (2011, p. 602 - 603).

O autor Vicente Greco Filho ensina que, nasceu da necessidade de estabilidade nas relações jurídicas, o fundamento da coisa julgada material. Que o ordenamento jurídico dispõe as partes uma série de meios para se chegar à decisão mais justa, uma vez esgotados, tem-se o trânsito em julgado da decisão, que se torna imutável, justa ou não, e conclui dizendo que, mais vale uma decisão injusta do que a perpetuação do conflito. (2009, p. 275).

Uma vez acobertada a decisão com o manto da imutabilidade, estarão às partes vinculadas a decisão, como se fosse esta, uma lei especial feita sob medida para aquela situação, não há mais o que ser discutido, chega-se ao ponto final.

2.1.3 Previsão da coisa julgada material no ordenamento jurídico

O legislador, incluiu a coisa julgada em diversos artigos de nosso ordenamento jurídico, inicialmente, a Constituição Federal de 1988 prevê a coisa julgada como uma garantia fundamental, no artigo 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, ensina que, a segurança que brota do instituto da coisa julgada é reflexo dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, que preserva o instituto inclusive contra lei superveniente. (2011, p.42).

Também, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, decreto lei 4657/1942, em seu artigo 6º, preceitua: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Para o autor, Sérgio Gilberto Porto no § 3º, do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 467 do Código de Processo Civil, situam-se as definições legais do instituto da coisa julgada. Todavia, não se esgota nesses dispositivos a compreensão do tema. (1998, p. 42).

O Código de Processo Civil, disciplina a matéria no Livro I, “Processo de Conhecimento”, Título VIII, Seção II – Da coisa julgada. Que abrange do artigo 467 ao artigo 475 do referido diploma legal.

Assim, o artigo 467 do Código de Processo Civil, apresenta o que pode ser tido como um conceito do instituto, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Para o autor, Humberto Theodoro Júnior:

Portanto, quando o art. 467 fala de *indiscutibilidade e imutabilidade* da sentença transitada em julgado refere-se a duas coisas distintas: a) pela *imutabilidade*, as partes estão proibidas de propor ação idêntica àquela em que se estabeleceu a coisa julgada; b) pela *indiscutibilidade*, o juiz é que em novo processo, no qual se tenha de tomar a situação jurídica definida anteriormente pela coisa julgada como razão de decidir, não poderá reexaminá-la ou rejuzá-la; terá de tomá-la simplesmente com *premissa* indiscutível. No primeiro caso atua a força proibitiva (ou negativa) da coisa julgada), e , no segundo, sua força *normativa* (ou positiva).(THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 551, grifo do autor).

Assim, nesse breve conceito que o artigo traz do instituto, duas expressões merecem atenção, em face de seu alcance e importância frente à aplicação ao caso concreto. Uma que proíbe que as partes rediscutam acerca do julgado, a imutabilidade. E outra que em eventual

repropositura da ação, vincula o juiz ao julgamento anterior, impedindo que, sequer se pronuncie acerca do mérito, revestido pelo manto da coisa julgada, a indiscutibilidade.

O autor Elpídio Donizetti, faz uma espécie de crítica ao conceito trazido pelo art. 467 do Código de Processo Civil, dizendo que pode ser considerado falho vez que, quando o instituto foi conceituado, se atribui imutabilidade e indiscutibilidade aos efeitos da sentença, não a relação jurídica, e contudo, o que recebe essas características na realidade é o conteúdo do julgado, o que será aplicado aquela relação processual. (2011, p. 602).

É preciso entender que efeitos da sentença são o condenatório, o declaratório, o constitutivo e da análise do conceito trazido pelo artigo 467 do Código de Processo Civil, esse atribui imutabilidade e indiscutibilidade para a sentença, quando na verdade seria para a relação jurídica ali decidida, que recebe essas características.

Em sequência, o artigo 468 nas palavras do autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

De acordo com o art. 468 do CPC, a sentença tem força de lei, isto é, faz coisa julgada material, nos limites da lide e das questões decididas. Esse dispositivo é de suma importância para delinear os contornos da coisa julgada material como pressuposto processual negativo da resolução de mérito. Ele impede a propositura de demanda idêntica, com os mesmos elementos da anterior: partes, pedido e causa de pedir. (2011, p. 44).

Assim, na letra do artigo 468, confere-se eficácia máxima ao julgado, conferindo-lhe força de lei, que entre as partes envolvidas no litígio, jamais as mesmas questões poderão ser retomadas, seja no mesmo processo ou em qualquer outro. Mesmo que, a verdade processual seja diversa da realidade dos fatos.

2.1.4 A coisa julgada material e a teoria de Liebman

Outra questão que exige reflexões, acerca do instituto da coisa julgada material, é citada pelo autor Marcos Destefenni, refere-se a questão de a coisa julgada material ser um efeito, um atributo, uma qualidade ou uma autoridade da sentença de mérito. (2010, p. 247).

Segundo o autor, Vicente Greco Filho, os romanos conceituavam a sentença como a própria coisa julgada, assim, duas concepções foram criadas, uma acreditava que a coisa julgada era um efeito da sentença e a outra que seria, uma qualidade desses efeitos, conforme o autor, a segunda concepção é atribuída a Liebman, que distingue efeitos da sentença, de seu caráter imutável, que pode ser uma qualidade atribuída a seus efeitos”.(2009, p. 273- 274).

A cerca da questão, grande contribuição nos trouxe o autor José Eduardo Carreira Alvim, citando o autor Guilherme Estelita, que destaca o autor Enrico Túlio Liebman:

Em 1935, Liebman publica sua obra Eficácia e Autoridade da Sentença e sustenta que a coisa julgada não é, como geralmente se diz, um dos efeitos da sentença, mas, ao contrário, uma qualidade desses efeitos.

Esclarece que, na tradição do direito romano, o efeito da sentença era precisamente a res iudicata, mas isto porque, no direito romano clássico, a actio era tudo e não havia noção de um direito independente dela; por isso a sentença, assegurando-a, antes criava um direito novo, do que lhe declarava a preexistência.

Desde, porém, que a análise científica isolou, na decisão judicial, o seu conteúdo e os seus efeitos, e precisou que estes podiam ser de natureza diversa, daí continuar a considerar a coisa julgada um efeito da sentença já não era da mesma inocuidade anterior.

Para Liebman, todos os efeitos da sentença podem conceber-se, pelo menos hipoteticamente, produzidos independentemente da coisa julgada, sem que por isso, desapareçam na essência e na sua natureza específica. A coisa julgada é “algo mais” que se adiciona aos efeitos da sentença, para aumentar-lhe a estabilidade; influi, portanto, e de modo idêntico, sobre todos os possíveis efeitos da sentença.

Liebman distingue a eficácia natural da sentença, da autoridade da coisa julgada. (2007, p. 339 - 340).

Assim, ensina o autor que, inicialmente, não se separavam da sentença seu conteúdo, seus efeitos e a coisa julgada. Foi com estudo aprofundado que Liebman, passou a individualizá-los. E que, os efeitos da sentença são produzidos independentemente da coisa julgada, que lhe atribuiria estabilidade e imutabilidade e seria uma qualidade desses efeitos.

Nesse mesmo sentido, o autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves coloca que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença, a imutabilidade, elenca que efeitos da sentença são a condenação, a declaração e a constituição. E destaca que, graças a Liebman que ficou mais clara a distinção da eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos. (2011, p. 40 - 41).

Segundo o autor Sérgio Gilberto Porto, Liebman, de sua parte, ao perquirir sobre as razões do instituto da coisa julgada, não vislumbrou a autoridade deste como mais um efeito da sentença, mas sim, como uma qualidade que aos efeitos se somava, para torná-los imutáveis. (1998, p. 41).

O autor José Eduardo Carreira Alvim complementa que, Enrico Túlio Liebman não concordava com os efeitos reflexos da sentença, como reguladores de sua eficácia, que para ele seria uma extensão da coisa julgada. Esses efeitos devem ser entendidos separadamente, para se apurar melhor sua extensão. Não classificando a coisa julgada como efeito da sentença, mas sim, como qualidade desses efeitos. (2007, p. 351).

Nas palavras do autor Marcos Destefenni, citando Liebman. “Para o grande mestre italiano, a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”. (2010, p. 248).

Também nesse sentido Theodoro citando as palavras de Liebman. “É ela destarte, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, *os efeitos*, quaisquer que sejam, do próprio ato”.(2011, p. 543, grifos do autor).

Assim, o autor italiano Enrico Tulio Liebman, em muito contribuiu para os estudos acerca da coisa julgada e seus efeitos. Ele não se contentou em simplesmente aceitar que a coisa julgada fosse um efeito da sentença de mérito. Sabia que era algo a mais, que tinha uma importância maior. E, depois de muitos estudos, passou a contemplá-la como uma qualidade desses efeitos, posicionamento a partir de então, adotado por doutrinadores e juristas.

Ainda segundo Humberto Theodoro Júnior, o legislador ao conceber o Código de Processo Civil, adotou a teoria de Liebman, e também passou a não admitir que fosse a coisa julgada um efeito da sentença, mas sim, uma qualidade da questão apreciada, que passa a ser imutável e indiscutível. (2011, p.549).

Efeitos seriam o declaratório, o constitutivo, o condenatório, dependendo do tipo de relação processual que estiver sendo discutida, e da sentença que nela será prolatada. Esses que serão revestidos pela autoridade da coisa julgada material, conforme entendeu Liebman, esta lhes concederia qualidades, quais sejam, a imutabilidade e a indiscutibilidade.

2.1.5 Concepção substancialista da coisa julgada material

Podemos entender a concepção substancialista da coisa julgada, através das palavras do autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Quando o juiz acolhe a pretensão, concedendo uma tutela condenatória, constitutiva ou declaratória, ou a rejeita, a sentença se torna, quando não cabível mais nenhum recurso, definitiva, e resolve em caráter imutável o conflito. Aquilo que ficou decidido não pode mais ser discutido em juízo, não apenas naquele processo, mas em nenhum outro. A coisa julgada formal tem natureza processual; a material a transcende, e projeta suas consequências no aspecto substancial. Ela torna imutável a solução judicial dada para determinada situação jurídica que se tornara controversa. (GONÇALVES, 2011, p.42).

Assim, quando a sentença prolatada em determinada lide, transitar em julgado, isto é, não existir mais meios recursais para sua modificação, sendo definitiva, ela torna-se lei entre as partes. Nesse sentido, o aspecto substancial, a partir de dado momento há uma norma especial para regular a situação controversa. Que transcende a simples temática do processo, emanando seus efeitos para a relação de direito material que a motivou, vinculando as partes, ao conteúdo da sentença prolatada.

2.1.6. Efeitos positivos e negativos da coisa julgada material

Possui a coisa julgada material, o que pode ser definido como funções ou efeitos, positivos e negativos.

Assim, ensina o autor Humberto Theodoro Júnior, que atribui a coisa julgada material uma função positiva e outra negativa. Quanto a primeira, que seria a função positiva, estabelece que as partes tem a obrigação de se sujeitarem ao julgado, no que tange a questão decidida, estabelece uma espécie de norma a ser adotada. A segunda, qual seja, a função negativa, impede que a mesma ação seja proposta novamente. (2011, p. 551).

Segundo Porto, a coisa julgada teria uma qualidade ou virtude impeditiva, que vedaria a realização de um novo julgamento envolvendo a questão já apreciada, e que isso pode ser definido como a função ou efeito negativo. E prossegue explanando acerca da função positiva, que seria a garantia que a parte vencedora tem de se utilizar da decisão, para fundamentar nova pretensão, na coisa julgada. (PORTO, 1998, p. 58).

Portanto, a função positiva da coisa julgada material, deve ser vista como uma espécie de garantia, que a parte vencedora tem de ver assegurado o julgado. Podendo, inclusive se amparar nele, para garantir direitos que dele derivam-se. Cria uma lei especial entre as partes, aplicadas só a elas, inerentes àquela relação.

Já o autor Vicente Greco Filho, coloca que, “O efeito negativo da coisa julgada consiste na proibição de voltar a discutir, ou decidir, o que foi decidido no dispositivo de sentença de mérito irrecurável em face das mesmas partes, qualquer que seja a ação futura”. (2008, p. 289).

Para o autor Sérgio Gilberto Porto, “A função negativa se caracteriza como um impedimento, verdadeira proibição, de que se volte a suscitar no futuro a questão já decidida. A função positiva, de sua parte, vincula a decisão pretendida a outra já proferida”. (PORTO, 1998, p. 57).

Assim, a função negativa atribuída a coisa julgada, tem o condão de impedir qualquer discussão acerca do que já foi decidido, veda qualquer outro julgamento. Vincula aqueles que pretendem nova ação relativa à questão, ao julgado anterior, é uma proibição incontestável.

2.1.7. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material

Além de todos os efeitos ou funções já discutidas, acerca da coisa julgada, temos que definir ainda seus limites, que são divididos em objetivos e subjetivos.

Conforme o autor Marcos Destefenni, existem duas preocupações relativas ao tema, uma que se atrela ao seu limite objetivo, quais as partes da referida sentença que se tornariam imutáveis, e a outra questão, seria definir quem será atingido pelos efeitos por ela produzidos, seria o limite subjetivo da coisa julgada. (2010, p. 255).

Para o autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, das partes integrantes da sentença, somente a parte dispositiva que será acobertada pelo manto da coisa julgada material. Já os motivos e fundamentos, não receberam o mesmo tratamento, independente da importância para se chegar a decisão. Portanto, podem esses serem discutidos novamente. (2011, p. 42).

Nesse sentido, o art. 469 do Código de Processo Civil, conforme coloca o autor:

O art. 469 do CPC explicita que não fazem coisa julgada os motivos, por mais relevantes que sejam a verdade dos fatos, estabelecidas como fundamento da sentença, e a apreciação de questão prejudicial, decidida *incidenter tantum*. Na verdade, os três incisos tratam da mesma coisa: não fazem coisa julgada a motivação da sentença. (GONÇALVES, 2011, p. 42 a 43, grifo do autor).

De acordo com o artigo analisado, só ficará ressalvada também a questão prejudicial, se compreendida na decisão, assim, ela pode ser acobertada em determinada situação pelo manto da coisa julgada, seria uma ampliação aos seus limites objetivos, prevista em nosso ordenamento.

O autor Marcos Destefenni, complementa acrescentando que, o inciso III do artigo 469, em consonância com o artigo 470, ambos do Código de Processo Civil, poderão ampliar os limites objetivos da coisa julgada, atingindo também a questão prejudicial decidida. Desde que, segundo entendimento do autor, tenha se proposto a ação declaratória incidental, estabelecida nos artigos 5º, 325 e 470, todos do Código de Processo Civil. Assim, a decisão

acerca da questão prejudicial, será acobertada pelo manto da coisa julgada, como a decisão postulada na ação inicial, o que significa que o dispositivo da sentença será composto de duas partes. (2010, p.256).

Também, para o autor Vicente Greco Filho, segundo entendimento de Liebman, apesar de a coisa julgada revestir somente a parte dispositiva da sentença, ela pode ser estendida, se necessário for, a qualquer questão que tenha o juiz decidido, por meio de pedido das partes interessadas. (2009, p. 279).

Nesse sentido, também se coloca o autor, Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

A coisa julgada material acobertará os comandos emitidos pelo juiz a respeito das pretensões postas em juízo, não apenas na petição inicial, mas em outras que tenha sido postas em juízo, no curso do processo, por meio de reconvenção, ação declaratória incidental, pedido contraposto, oposição, denúncia a lide e chamamento ao processo. (2011, p. 44).

Desta forma, é sem dúvida muito importante considerar que muitas vezes no momento da propositura da ação, as partes não tem uma dimensão exata de seu direito. Por isso, no decorrer do tramite processual, novas questões surgem e são abordadas pelo juiz, nada mais justo, que sejam consideradas decididas e então afastadas de novas discussões, protegidas então, pela autoridade da coisa julgada.

Quanto aos limites subjetivos, alcançados pela autoridade da coisa julgada, o autor Marcos Destefenni ensina que o artigo 472 do Código de Processo Civil, determina quem, será atingido pelos efeitos da coisa julgada.

Assim, ela será projetada sobre aqueles, que compõe a relação jurídica conflituosa, não poderá beneficiar, nem prejudicar terceiros alheios a esta. É uma espécie de faceta do princípio do contraditório, visto que, como poderá atingir alguém, que não tenha tido a oportunidade de se manifestar acerca da questão. (DESTEFENNI, 2010, p. 256 - 257).

Acrescenta o autor, Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

O art. 472 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Essa é a regra fundamental a respeito dos limites subjetivos. São atingidos, portanto os autores, os réus, os denunciados, os chamados ao processo, os oponentes e os nomeados que tenham sido admitidos. Não o são os terceiros que não participaram do processo e, por isso, não tiveram oportunidade de manifestar-se, de defender-se ou expor suas razões. (2011, p. 45).

Os limites subjetivos da coisa julgada podem ser vistos como uma espécie de proteção, aos efeitos desta. Conforme, prevê o artigo, esta beneficia somente os sujeitos que vem a compor a relação jurídica processual. Não poderia se conceber que, alguém que não teve oportunidade de se manifestar acerca da causa, fosse atingido por seus efeitos. Para tanto, devem ser chamados ao processo.

Esta implícito nesse comando um preceito constitucional, indispensável para a relação jurídica processual, qual seja o princípio do contraditório, cuja violação, constitui ofensa gravíssima, a um dos pilares fundamentais da ordem constitucional.

2.1.8. Da coisa julgada inconstitucional

O objetivo principal, do instituto da coisa julgada é estabilizar as relações sociais, evitando que, esses conflitos sejam perpetuados. Acredita-se que, ao emitir uma sentença, deve ser ela a solução mais justa e verdadeira a ser aplicada aquele litígio, tudo consoante os preceitos constitucionais.

Porém, se o contrário acontecer, nos deparamos com “a coisa julgada inconstitucional” cujo conceito, nos concedem os autores Magno Frederici Gomes e Ricardo Moraes Cohen que

o colocam, “como uma decisão acobertada pelo transito em julgado, mas contraria aos ditames constitucionais”.(2008, p. 85).

Para o autor Elpídio Donizetti, citando Candido Rangel Dinamarco, uma vez que, se contrarie um preceito constitucional, a sentença não terá força perante normas e princípios constitucionais superiores, para ele, por essas razões, ela não produziria os efeitos de coisa julgada material. (2011, p. 622).

Nesse sentido, complementa Donizetti, citando os autores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro que consideram que, se a decisão proferida estiver em desconformidade com a Constituição, ela seria concebida como uma espécie de coisa julgada inconstitucional. E, que poderia ser revista, mesmo com a preclusão do prazo para a ação rescisória. (2011, p. 622).

Assim, há um posicionamento favorável acerca da importância de se considerar a impossibilidade de uma sentença que viole preceitos fundamentais, ditar lei entre as partes, sendo ela definida, como uma espécie de coisa julgada inconstitucional, podendo ser revista em determinadas situações.

O autor Elpídio Donizetti complementa, deixando claro que:

[...] fora das hipóteses e do prazo da ação rescisória, a coisa julgada inconstitucional não poderá ser relativizada, salvo se , em juízo de proporcionalidade, determinada garantia se afigurar mais relevante que a segurança jurídica, como se da na hipótese de uma sentença que atribui a condição jurídica de filho biológico a quem efetivamente não o é. (DONIZETTI, 2011, p. 625).

Nesse sentido, nos casos que se verificar que realmente, se esta diante da coisa julgada inconstitucional, cabe considerar a sua relativização, a luz do princípio da proporcionalidade. Assim, segundo o exemplo citado pelo autor, pode ocorrer nas ações de investigação de paternidade, que podem conter decisões contrárias a verdade dos fatos, se as partes na época da tramitação do processo, não tiverem tido a oportunidade de se sujeitarem a realização do exame pericial genético de DNA.

2.2. Em defesa da relativização da coisa julgada

A relativização da coisa julgada é mais uma daquelas complexas questões jurídicas que nascem do anseio social. O direito, como ciência social que é, inerente a sociedade que o originou, vive em constantes adaptações, com o intuito de acompanhar o ritmo frenético das relações humanas, tecnologia, ciência, política, economia, tudo se modificando rapidamente.

Surge então, a relativização da coisa julgada nas ações de paternidade, fruto dos avanços científicos da década de 1990, que criaram o exame pericial genético de DNA, que pode confirmar ou excluir o vínculo biológico de filiação com quase que total certeza.

Para os autores, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a questão que envolve a relativização da coisa julgada é um assunto de relevante valor social, aplicável, segundo aqueles que a consideram, em casos excepcionais, analisados individualmente. Essa teoria considera que nenhum valor constitucional é único, que todos os preceitos contidos no ordenamento jurídico devem ser tidos como um conjunto, analisados harmoniosamente. Que, num possível conflito principiológico, em que, dois valores de igual patamar constitucional, se contrapõe, deve-se aplicar ao conflito o princípio da proporcionalidade, que analisa dentre os valores tutelados, qual efetiva mais os valores constitucionais ali discutidos. (2008, p. 329-330).

Para os autores, Claudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, citando Salmo Raskin. “O advento de tipagem de DNA ocasionou uma evolução inequívoca na descoberta do pai biológico, podendo ser considerado hoje como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade, visto que a determinação da paternidade pode variar de 99,99% a 99,9999%”.(2004, p. 79).

E ainda complementam que “para o estabelecimento da paternidade, não há dúvida, a humanidade pode ser dividida em duas eras: pré- DNA e pós- DNA”. (2004, p. 82).

Desta forma, não há como se negar, a importância jurídica do exame, com seus impactos naqueles processos em que, paternidades foram atribuídas ou não a indivíduos supostos pais, sem que esses tivessem a oportunidade de se sujeitarem a realização da perícia genética. E, nesse sentido, que se demonstra a importância da relativização do instituto da coisa julgada, em busca da verdadeira filiação biológica.

Antes da descoberta do exame de DNA, as provas utilizadas para se comprovar vínculos biológicos, eram frágeis, como exemplo temos a testemunhal, que para esse tipo de ação não garante a certeza da filiação biológica. Nos dizeres da autora Suzana Santi Cremasco, “[...] não raras vezes, a verdade trazida aos autos por autor ou réu e assentada pelo juiz por meio da sentença transitada em julgado encontrava-se dissociada da verdade biológica”. (2011, p. 51).

Nesse mesmo sentido, a autora Valéria Silva Galdino, citando o autor Belmiro Pedro Welter, que em sua obra *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade* sustenta que, “somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas permitidas em direito”.(2006, p. 160).

Também, a autora Suzana Santi Cremasco, faz referência ao autor:

Foi nos idos de 1998 que Belmiro Pedro Welter lançou doutrina precursora de que a sentença proferida nas ações de investigação ou de negação de paternidade só passariam em julgado se, no curso do processo, fossem produzidas todas as provas em direito admitidas, sobretudo e principalmente o exame de DNA. Na oportunidade, sustentou o autor que, sendo o direito de filiação de natureza indisponível, seria impossível admitir o seu reconhecimento ou a sua exclusão com base apenas em indícios, presunções ou ficções, como sistematicamente vinha ocorrendo até então. A sentença proferida na ação sem que se tivesse realizado a prova pericial não faria coisa julgada material e, portanto, possibilitaria o ajuizamento de uma nova demanda com vistas a obter um resultado diverso, a partir da produção do exame de DNA.(CREMASCO apud WELTER, 2011, p. 52).

Dessa forma, sustenta o autor que, para ações dessa natureza a coisa julgada material somente operaria seus efeitos, se as partes, se utilizarem de todos os meios de prova disponíveis para comprovar suas verdades, inclusive e principalmente o exame de DNA. Garante o autor, ser direito indisponível, portanto, necessário se faz apurar toda e qualquer prova.

Assim, como não faria coisa julgada material, a decisão poderia ser revista, possibilitando as partes, à certeza acerca da filiação, através da realização do referido exame pericial genético.

Os autores Claudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, explicam que, o exame pericial genético de DNA, pode não ser o único meio de prova disponível para apurar essas

questões, porém, em virtude de sua margem de acerto e confiabilidade, deve ser realizado em ações desta natureza, o que daria uma base mais verdadeira e confiável para a decisão judicial. (2004, p.78).

Assim, demonstra-se a importância do advento do exame de DNA, e sua eficácia extremamente relevante para ações dessa natureza, como nenhuma outra técnica até hoje o superou.

Nesse ponto, preciso será rever a questão da possibilidade da relativização da coisa julgada material, nas ações de investigação de paternidade, nas quais não se possibilitou esse meio de prova, que apresenta resultados tão precisos.

O autor Marcus Vinícius Rios Gonçalves, defende que, em hipóteses específicas, seja possível discutir a autoridade da coisa julgada material, quando essa colidir com valores que a superam em importância, pois ela, não poderia revestir com o manto da imutabilidade, decisões contrárias aos valores e garantias assegurados em nossa Constituição Federal. (2011, p. 51-52).

Para a autora Cláudia Bellotti Moura, citando Leite:

Certamente, foram inúmeras as situações processuais em que a paternidade pôde ter sido atribuída a quem não era o pai biológico, como também se pode ter deixado de atribuí-la a quem o era. Criaram-se pais e filhos das presunções codificadas.

São pais e filhos da intrigante 'coisa julgada' porque, no campo subjetivo de busca eterna dos vínculos biológicos desconhecidos, nada é mais angustiante do que viver o eterno sentimento da dúvida, pois de nada serve a declaração judicial vacilante ou equivocada da presumida paternidade jurídica e cobrir essa decisão com o manto sepulcro da autoridade da coisa julgada.

As regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro a *Lex mater*, nem se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana como a verdade sobre a paternidade. Pensar diferente é trafegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução (pesquisas genéticas). (2004, p. 92, grifos do autor).

Assim, segundo bem coloca a autora, não existe certeza acerca da paternidade, sem que as partes, tenham tido a oportunidade de realizarem o exame pericial genético, paternidades foram excluídas ou atribuídas talvez a quem não tivesse sequer relação com a outra parte. Assim, impedir a relativização do instituto sob o argumento de que a coisa julgada deve prevalecer, para garantir estabilidade à ordem jurídica, é considerar, segundo define a

autora, que existem filhos da coisa julgada, e nada traz mais instabilidades, a determinada ordem jurídica, do que a insatisfação social, os anseios não atendidos daqueles que se sentem injustiçados.

Para Galdino, é necessário que o direito acompanhe as evoluções alcançadas pela sociedade, contemplando novamente questões já decididas, quando não se possibilitou realizar o exame DNA, ressalta que, o desenvolvimento alcançado pela humanidade deve servir ao homem, principalmente no campo do direito de família, que envolve o emocional das pessoas, de forma que, possíveis injustiças trazem um sofrimento ainda maior. (2006, p. 157).

O autor Marcos Vinícius Rios Gonçalves, traz um exemplo clássico de situação na qual se justificaria a relativização do instituto. Seria o caso, da investigação de paternidade que passado o prazo da ação rescisória, descobriu-se por exame de DNA, que aquele que foi condenado como suposto pai, não o era verdadeiramente, porém, uma vez tendo o processo transitado em julgado, esse não teria mais meios de discutir o litígio novamente, e comprovar que a sentença é contrária a verdade dos fatos. Tendo que conviver diariamente com essa injustiça processual, e arcar com as consequências daí decorrentes. (2011, p. 51 -52).

A autora Natália e Silva de Almendra Freitas cita passagem do autor Rolf Madaleno, que se utiliza, das palavras da autora Maria Berenice Dias. Esta também defende a relativização do instituto, em ações dessa natureza, em que as partes, não tenham tido a oportunidade de se sujeitarem ao exame de DNA. Seja porque a técnica não era conhecida na época que tudo ocorreu, ou porque, não foi disponibilizado para as partes realizarem por falta de recursos. A autora acredita que, não há como simplesmente ignorar a importância do referido exame pericial genético, sendo que, outras provas não darão um juízo de certeza, como aquele possibilita. Para ela, não importa o motivo pelo qual o exame deixou de ser realizado, a coisa julgada material não pode operar seus efeitos sem as partes se sujeitarem a esse. (2009, p.61-62).

Do mesmo modo, o entendimento da autora Suzana Santi Cremasco, na lição de José Augusto Delgado:

A sentença não pode expressar comando acima das regras da Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém que seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgada, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse “poder” absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo. A sentença transita em julgada, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.” (2011, p.65, grifo do autor).

Assim, há de se considerar que, direito e a ciência devem caminhar lado a lado, é preciso encarar que sentenças proferidas antes das modernas técnicas genéticas, podem ter se amparado sobre erros. O que esta em maior consonância com os valores constitucionais, será a manutenção de uma sentença injusta, ou a certeza acerca da verdadeira identidade biológica de um indivíduo.

A autora, defende que o objetivo da teoria da relativização da coisa julgada, não é ignorar a importância do instituto para nosso ordenamento jurídico, e nem fazer da relativização uma regra padrão. Isso seria colocar em risco a estabilidade de nosso sistema jurídico, sua confiabilidade e segurança. O que se propõe, é que, em hipóteses excepcionais, com evidentes indícios de injustiças processuais, absurdos, abusos, como quando se atribui ou exclui vínculos biológicos, com base em provas testemunhais ou outros indícios que não sejam o exame de DNA, se possibilite as partes, que assim desejarem, a realização do exame, um meio de prova inequívoco para esse tipo de ações. (CREMASCO, 2011, p. 58).

Segundo entendimento do autor Mauro Nicolau Júnior, Juiz de Direito do estado do Rio de Janeiro:

Fosse o magistrado um aplicador “cego” e frio das leis, sem a obrigação moral e institucional de fazê-la condizente com a realidade e com os anseios da população que, ao contrário do texto legal, são flexíveis e se modificam a todo instante, então o resultado deste processo seria, simplesmente, o reconhecimento da existência de coisa julgada e ponto final.

No entanto, há que se ser razoável, há que se ver as angústias e disparidades que envolvem cada processo em julgamento, mormente quando se trata de uma questão das mais relevantes na vida de uma pessoa, que é a paternidade e a filiação. (2003, p. 153, grifo do autor).

Nessa linha de raciocínio, é necessário refletir acerca do sentido maior, contido nos preceitos normativos, entender que as leis são fruto das necessidades sociais, são criadas para assegurar os direitos dos cidadãos. Não são simples estrofes, que complementam um livro qualquer, são a alma do povo que as deu vida, nasceram dos anseios da sociedade, seu objetivo, fonte inspiradora e fim pretendido. Devem elas acompanhar sua evolução, aqui discutida no campo genético.

Simplemente, sacralizar um instituto em nome da paz social, que paz social, frente as incertezas e inquietações, que a dúvida sobre a verdadeira paternidade gera na alma do homem, condenado será ele a conviver com essa incerteza, justo ou não, certo ou errado, é preciso rever padrões e estabelecer novas dimensões normativas que solucionem essas questões.

Conforme, o entendimento do autor Montenegro Filho, citando o autor Cândido Rangel Dinamarco, é preciso apurar o que tem maior valor diante dos fatos analisados, se é a segurança jurídica de uma sentença que pode não atestar a verdade, ou a possibilidade de se constatar se essa condiz com a realidade. (2011, p. 558).

E assim, para o autor Rolf Madaleno, uma sentença que simplesmente atribui uma paternidade a alguém, sem que este tenha a certeza da filiação biológica, não esta apta a pacificar litígio algum. Do contrário, nos sentimentos dos envolvidos, permanece a insatisfação, a incerteza, a sensação de injustiça. Ainda mais, com a possibilidade de se confrontar as incertezas, com a realização do exame pericial genético de DNA. (MADALENO, 1999, p.95).

Complementando, o posicionamento o autor José Augusto Delgado, citado por Elpídio Donizetti:

Essas teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito que convive impelido pelas linhas do regime democrático e que há de aprimorar as garantias e os anseios da cidadania. (, 2011, p. 622 grifo do autor).

Assim, o direito deve acompanhar a evolução alcançada pela sociedade, as questões discutidas acerca do instituto da coisa julgada, devem ser analisadas se levando em conta a

época presente, principalmente no que se refere aos anseios sociais, que no caso da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, nos trazem conflitos complexos a serem solucionados.

O autor Montenegro Filho, também divide do mesmo posicionamento quanto a relativização, e acredita que, é possível o reexame dos elementos da decisão transitada em julgada, quando possível injustiça na decisão, pode ter sido acobertada, pelo manto da coisa julgada. Assim, não se justifica manter uma decisão manifestadamente equivocada só pela justificativa de ter sido acobertada pelo manto da coisa julgada, e ponto. (2011, p. 559-560).

Defende o autor que isso será aceito somente em situações excepcionais, analisando-se as peculiaridades de cada caso, com base nos princípios garantidores de nosso ordenamento jurídico, utilizando-se do símbolo maior da justiça à balança, que medirá o peso de cada bem jurídico ali colocado. (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 559-560).

E nos dizeres da autora Suzana Santi Cremasco se utilizando das palavras do autor Humberto Theodoro Júnior: ‘não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas’. (2011, p.56, grifo do autor).

Assim a teoria da relativização da coisa julgada não tem a intenção de simplesmente ignorar a importância que esse instituto adquiriu ao longo da evolução jurídica de nossa sociedade. Seu único fim será possibilitar que possíveis injustiças sejam revistas. Considerando que nenhum preceito legal é absoluto frente aos demais, todos devem ser analisados como integrantes de uma mesma ordem, os valores que carregam tem a mesma importância e assim objetivam alcançar o mesmo fim, qual seja a realização dos anseio sociais, a concretização da justiça.

2.3 Da ação de querella nulitatis

A ação de querella nulitatis, inicialmente foi tida como meio de rescindir as sentenças de mérito. Tinha-se a noção que determinados vícios não transitavam em julgado e assim poderiam ser retomados pela ação.

O autor Elpídio Donizetti a coloca como um terceiro elemento que pode ser utilizado para impugnar a decisão judicial transitada em julgado ao lado dos recursos e da ação

rescisória. Ensina ele, que a expressão tem origem latina e quer dizer “ nulidade do litígio”. Essa ação teria sido criada na Idade Média. E seria utilizada para declarar a inexistência de relação jurídica processual, na falta de pressupostos processuais, que seriam nulidades insanáveis, vícios capazes de acarretar a inexistência da ação. Entre os quais destaca a investidura do juiz, demanda e citação. Seriam vícios trans-rescisórios, além da rescisão, já que inexistente relação jurídica, não há o que desconstituir. (DONIZETTI, 2011, p. 853-854).

O autor Montenegro Filho nos traz a idéia de aplicação da ação para combater injustiças processuais.

[...] defendemos ser possível o ingresso da ação declaratória negativa de existência de relação jurídica (doutrinariamente conhecida como querella nulitatis insanabilis), não se limitando a demanda a declaração da inexistência da relação jurídica em vista da ausência ou da nulidade de citação do réu.

É um instrumento que deve ser utilizado de forma mais ampla, na nossa compreensão, para o combate de sentença (acobertada pela coisa julgada) que represente pronunciamento manifestadamente injusto, evidentemente desapegado de normas jurídicas de aplicação transparente.(MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 559 a 560, grifo do autor).

Para o autor a ação de “querella nulitatis insanabilis”, poderia ser aplicada inclusive em ações que transitaram em julgado e podem ter revestido com o manto da coisa julgada material verdadeiras injustiças processuais, tais como nas hipóteses de investigação de paternidade em que as partes não tenham tido a oportunidade de se sujeitarem ao exame de DNA. Assim na época dos fatos paternidades forma atribuídas ou excluídas, baseadas em provas frágeis tais como a testemunhal ou a documental.

Assim, a ação de acordo com o posicionamento do autor, aplicada de forma mais ampla poderia abranger essas sentenças que podem representar verdadeiras injustiças processuais, questionando a existência da relação jurídica processual.

3. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Os direitos fundamentais são uma categoria de direitos inerentes ao homem que os adquire com seu nascimento. Esses têm por finalidade o respeito à dignidade da pessoa humana, asseguram a cada um, o que lhe é de direito. Cabe ao Estado como função primordial assegurar sua proteção e garantia. Estão eles incorporados ao texto constitucional, sendo uma das bases em que se assenta o Estado Democrático de Direito.

Assim, podem ocorrer colisões entre direitos fundamentais igualmente tutelados. Como no caso da relativização da coisa julgada nas ações de paternidade, onde o princípio da dignidade da pessoa humana entra em conflito como instituto da coisa julgada, tutelada pelo princípio da segurança jurídica.

Para esses casos, o instrumento apto a solucionar esses conflitos é o princípio da proporcionalidade, isso se deve ao fato de que esse princípio tem como primado, a guarda dos direitos fundamentais, principalmente a dignidade humana. Mesmo estando implícito no texto constitucional, é reconhecido como a solução mais eficaz para pacificar os ânimos, sempre que se estiver diante de um conflito entre diferentes princípios. Através da ponderação entre meios e fins, chega a solução mais apta e justa para determinada situação.

3.1 Direitos humanos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais pertencem ao ser humano desde seu nascimento, são inerentes a sua condição. Suas origens remontam as primeiras civilizações organizadas em esferas sociais, que já destinavam a seus indivíduos certos direitos maiores.

Para Alexandre Moraes os direitos humanos, tais como hoje se apresentam são consequência da evolução alcançada pela sociedade. Tem influência de diversas fontes, das tradições de civilizações ancestrais e dos pensadores de sua época, pensamentos surgidos com o cristianismo e referentes ao direito material. Que tinham como núcleo a limitação ao poder do Estado e os princípios da igualdade e da legalidade. Para o autor os direitos fundamentais

em sua essência são mais antigos que a própria noção de Constituição, que mais tarde os destinou um rol específico onde os disciplina. (2011, p. 01).

Em sequência Moraes complementa ensinando que os direitos fundamentais podem ter tido sua origem no Antigo Egito e Mesopotâmia, onde já haviam se criado espécies de normas que protegiam os indivíduos frente ao poder do Estado. Como exemplo nos traz o “Código de Hamurabi” de 1690 a.c., como podendo ser a primeira codificação que trazia elencados direitos destinados a todos os indivíduos, que assegurava a superioridade das leis em relação ao governantes. Também cita a influência filosófica-religiosa de Buda, 500 a.c., e na Grécia estudos acerca da possibilidade de participação política dos cidadãos. No direito Romano a “Lei das Doze Tábulas”, para o autor pode ser considerada a origem escrita de direitos como a liberdade, a propriedade e proteção aos direitos dos homens. Em sequência também os ideais de igualdade do Cristianismo. E na Idade Média com toda a desigualdade feudal se mantinham documentos que asseguravam direitos básicos a qualquer homem.

Depois vieram as declarações de direitos humanos ao final do século XVIII e meados do século XX. Cita como um dos mais importantes antecedentes históricos dessas declarações a “*Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra de 15 de junho de 1215. (MORAES, 2011, p. 06-07).

E assim no decorrer das décadas, diversos foram os instrumentos que auxiliaram nessa evolução histórica dos direitos fundamentais, até chegarem ao patamar atual. Em todo mundo as Constituições garantem ao seu povo direitos e liberdades que são inerentes a sua condição, ideais de proteção e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a legalidade.

Moraes deixa claro que o mais importante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais, um marco na história é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948. (2011, p.17).

O autor também elenca um rol de Tratados e Convenções do qual o Brasil é membro:

O rol dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos assinados pela República Federativa do Brasil é completado pelos seguintes documentos: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16-12-1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 21-12-1965; Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica de, 22-11-1969; Convenção de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 18-12-1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10-12-1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9-12-1985; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20-11-1989; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 6-6-1994, e ratificada pelo Brasil em 27-11-1995. (MORAES, 2011, p. 19).

Assim, o Brasil adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem desde sua criação, e também é signatário de diversos outros Tratados e Convenções que protegem os direitos fundamentais do homem. Os preceitos contidos nesses instrumentos compõem o texto constitucional, são a alma da Constituição Federal de 1988, sendo que outras que a antecederam já os adotavam.

Atualmente, conforme o autor José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são trazidos em nossa Constituição Federal, no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e classificados em cinco grupos distintos, quais sejam, os direitos individuais, art. 5º, os coletivos, art. 5º, os direitos sociais, art. 6º e 193 e ss, à nacionalidade, art.12, os direitos políticos, art. 14 a 17 e os direitos solidários arts. 3º e 225. Todos do referido diploma legal. (2011, p. 184-185).

Para o autor, a Constituição Federal de 1988 coloca todas as espécies de direitos fundamentais, como componentes de um mesmo conjunto, que deve ser analisado de forma harmônica, parte da mesma ordem, cujos valores são pautados para o bem coletivo, com vistas ao social. (SILVA, 2011, p. 184-185).

O autor Gilmar Ferreira Mendes, traz uma espécie de conceito do que seriam direitos fundamentais, citando Konrad Hesse:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles que não asseguram, secundariamente, um direito subjetivo quanto a outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de direito Democrático. (2004, p. 02).

Para o autor, são aqueles direitos subjetivos pertencentes a cada indivíduo, inerentes a condição humana, revestem seus titulares, protegendo-os frente ao Poder do Estado ou a outras possíveis lesões. Elementos indispensáveis a manutenção da ordem constitucional, bases do ordenamento jurídico.

Nesse mesmo sentido, Moraes, que conceitua os direitos fundamentais, como sendo um conjunto que reúne direitos e garantias, com o objetivo de assegurar a proteção a dignidade da pessoa humana. Assegurando condições, nas quais, seja possível aos indivíduos manter uma vida digna, que possibilite o desenvolvimento da personalidade humana. (2011, p. 20).

Ainda Bonavides, citando o autor Carl Schmitt, define os direitos fundamentais como aqueles pertencentes ao homem livre e isolado, tido como ser individual. (2011, p. 561).

Complementa o autor que, “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.(2011, p. 562).

Já para Celso Ribeiro Bastos citando José Afonso da Silva:

[...] vamos encontrar um rol desses direitos que têm por traço fundamental o fato de incidirem diretamente sobre a pessoa, independentemente da existência de um fato aquisitivo. É dizer, pela simples razão de existir, o Homem já absorve esses direitos constitucionais que lhe garante o exercício de uma autonomia e, além disso, impõem limitações à conduta do Estado. (2010, p. 236).

Nesse contexto, os direitos fundamentais através de sua evolução, foram sendo moldados e hoje, podemos dizer que revestem os indivíduos como uma espécie de manto protetivo, são inerentes ao homem, que os possui porque simplesmente o é. Eles levam a cada um, as garantias asseguradas pelos preceitos constitucionais, direito à igualdade, à vida digna, à privacidade, à honra, à imagem, à liberdade de crença, e a uma série de outras liberdades. Qualquer violação a um desses direitos seria uma ilegalidade, seria atentar contra a própria ordem social.

De acordo com Moraes, atualmente se classificam os direitos fundamentais em gerações, quais sejam: primeira geração, segunda e terceira, baseando-se na cronologia histórica com que foram adotadas constitucionalmente. (2011, p. 34).

Assim, os direitos de primeira geração seriam os direitos e garantias individuais e políticos. Já os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e os econômicos, que para Cavalcanti, seriam os ligados ao trabalho, seguro social, amparo á doença e à velhice. E os direitos fundamentais de terceira geração, seriam os direitos de solidariedade e fraternidade, relacionados ao meio ambiente, qualidade de vida, progresso e paz. (CAVALCANTI apud MORAES, 2011, p. 34).

Moraes, citando Ferreira Filho, destaca que ‘ a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade’. (FERREIRA FILHO, 1995, apud MORAES, 2011, p.35).

Desse entendimento, também parte o autor Paulo Bonavides, colocando que o lema revolucionário francês, surgido no século XVIII, englobou as três gerações de direitos fundamentais, direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Assim, os direitos de

primeira geração, primeiros a serem reconhecidos constitucionalmente, são os de liberdade, direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo que os pode opor inclusive contra o Estado. Já os direitos de segunda geração, surgiram no século XX, são eles os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os coletivos, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade. Por sua natureza, são direitos que para serem efetivados necessitam determinadas prestações do Estado, atualmente, não possuem aplicabilidade imediata, como os de primeira geração, de liberdade. Mas, as Constituições estão prestes a lhes atribuir essa prerrogativa. Posto que, tão importante quanto instituir esses direitos é lhes garantir aplicação. (2011, p. 562- 583).

Os direitos de terceira geração, seriam para Bonavides, aqueles relacionados à fraternidade, que tem relação com o desenvolvimento do Estado e dos indivíduos, um bom trabalho, uma saúde e alimentação adequada, à paz, o meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Ainda, o autor destaca direitos de quarta geração, que seriam os relativos à democracia, à informação, e o direito ao pluralismo. Eles serão as bases para uma sociedade com vistas ao futuro. Em sequência, em capítulo próprio, o autor revela o nascimento de direitos de quinta geração, elencando o direito à paz, como aquele que se destacaria nesta geração. (2011, p. 562- 583).

Complementa o autor, colocando que:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais [...]

[...] os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade. (BONAVIDES, 2011, p. 573).

Nesse sentido, mais do que simples gerações independentes entre si, os direitos humanos fundamentais são na verdade partes de um mesmo conjunto, cada qual ao seu tempo, uns fortalecendo aos outros, ao longo de sua escala evolutiva, estão eles aptos a garantir respeito e aplicabilidade a uma série de garantias positivadas em nosso ordenamento jurídico, expandindo-as, como nunca antes se vislumbrou.

Ainda o autor José Afonso da Silva, atribui aos direitos fundamentais uma série de características, tais como: historicidade, cada qual possui uma trajetória evolutiva própria, uma história diversa dos demais. Inalienabilidade, estes não podem ser transferidos e nem cedidos a ninguém, indisponíveis. Imprescritibilidade, pois não perdem sua validade, não prescrevem. E irrenunciabilidade, por serem inerentes ao indivíduo, não podem ser renunciados, nem mesmo por vontade de seu titular. (2011, p. 180-181).

Moraes, ainda acrescenta a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementaridade. (2011, p.22).

Assim, por pertencerem e revestirem todos os seres humanos, independente de serem aceitos ou postulados, não podem ser transferidos e nem cedidos a ninguém, muito menos renunciados, não tem prazo de validade, não se perdem através do tempo, criança ou idoso, ainda se mantêm intactos, não podem sofrer violações injustificadas, devem ser garantidos pelas autoridades, pois não basta serem previstos no ordenamento, devem ser respeitados. Uns muitas vezes dependem dos outros, assim também quanto a sua interpretação, são eles parte de um todo harmônico, que deve ser considerado, principalmente para solucionar algum tipo de conflito.

Os direitos humanos fundamentais são conquistas adquiridas ao longo da evolução humana. O direito como ciência social que é, acompanhou a humanidade nessa trajetória, se modificando e aperfeiçoando seus métodos. Uma gama enorme de direitos foram sendo incorporados aos ordenamentos jurídicos, de todas as civilizações. Desde as primeiras codificações que surgiram, por mínimos que fossem os direitos destinados ao homem, foram ocupando espaços, até chegarmos ao ponto em que, são o núcleo central, a base dos preceitos legais. Nasceram em razão do homem e devem servir a suas necessidades, acompanhando a sua escala evolutiva, e atendendo aos seus anseios.

3.2 Direitos de personalidade

Os seres humanos são sujeitos dotados de características próprias, diferentes e individualizadoras. Possuem direitos e deveres, que nascem juntamente com sua personalidade e que são garantidos por nosso ordenamento jurídico.

Todo ser é dotado de personalidade, que o difere dos demais. Para o direito, a personalidade é um conceito do qual advêm direitos inerentes a qualquer indivíduo.

Segundo lição de Venosa, são direitos personalíssimos, inerentes à personalidade. Seriam eles os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento e ainda à igualdade, da honra e da imagem, e à integridade física. Estão previstos em nossa Constituição Federal, no artigo 5º e seus incisos. (2011, p.169).

Para a autora Maria Helena Diniz, “ o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade[...]”.(2011, p.132).

E prossegue explanando que, só no final do século XX, receberam o tratamento merecido, com o destaque constitucional destinado ao “ princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição Federal. Sua relevância é tamanha que, sua desconsideração pode resultar inclusive em condenação por dano moral, tão notória na atualidade. A autora lhes reconhece uma dupla dimensão. Uma axiológica, que dispõe dos valores fundamentais das pessoas, e uma objetiva, que reflete os direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Protegendo o cidadão até em face do Estado, que deverá assegurar sua proteção.(DINIZ, 2011, p. 133).

O autor Carlos Roberto Gonçalves, complementa a lição assegurando que, já havia preocupação com o respeito aos direitos humanos de personalidade, desde a Antiguidade, também graças ao Cristianismo, mas foram reconhecidos como categoria de direito subjetivo, graças a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como, da Convenção Européia de 1950. E que foi a Constituição Federal seu marco, quando os prevê no artigo 5º, inciso X. (GONÇALVES C., 2011, P.183-184).

A autora Maria Helena Diniz, ainda acrescenta através das palavras de Goffredo Telles Jr.:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, ´é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.(2011, p.133-134).

Segundo esse entendimento, seria à personalidade um direito natural, que o indivíduo adquire desde seu nascimento, nas palavras do autor é o primeiro bem da pessoa, não seria um direito que se tem, mas uma premissa que apoia outros direitos.

Para Venosa, esses direitos são trazidos pela Constituição Federal, sua base, e pelo Código Civil Brasileiro, que destina um capítulo específico, abrangendo os artigos 11 a 21. Considerados como princípios gerais de direito, devem orientar juristas e doutrinadores. Servindo como protetores, do princípio maior da dignidade da pessoa humana. (2011, p. 170-171).

Conforme entendimento de Gonçalves, podem ser divididos os direitos de personalidade, em duas categorias, que seriam: os inatos, como o direito à vida, à integridade física e a moral. E os adquiridos. (GONÇALVES C., 2011, p.185).

Complementando, Venosa cita Guillermo Borba, que os trás como características. Os inatos ou originários, que assim seriam, porque o indivíduo os adquire ao nascer; vitalícios, porque os possui por toda a vida, ou até mesmo após a morte; imprescritíveis, pois acompanham a personalidade; inalienáveis, posto que não se pode desfazer-se deles; e absolutos, porque seriam opostos erga omnes. (2011, p. 170-171).

E a autora Maria Helena Diniz, complementa que, esses direitos são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários e inexpropriáveis porque inatos, vez que adquiridos quando da concepção. Pertenceram ao ser humano durante toda sua vida, diriam respeito à qualidade humana, indispensáveis. Mesmo após sua morte alguns desses direitos permanecem reais, como o direito à imagem, à honra. E os define também, ilimitados frente à impossibilidade de se determinar seu número exato, em face dos progressos econômico-sociais, e graças às conquistas biotecnológicas. (2011, p.135-136).

O autor Carlos Roberto Gonçalves, ensina:

O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade(CF, art. 1º, III).Segue-se a especificação dos considerados de maior relevância – intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - com a proclamação de que é ‘assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’ (art. 5º, X). (GONÇALVES C., 2011, p.190, grifos do autor).

Assim, os direitos de personalidade são resguardados pelo nosso ordenamento jurídico, pois sua inobservância fere um dos primados da ordem jurídica, base do Estado de Democrático de Direito, a dignidade humana, a proteção a vida, honra, imagem.

Nesse sentido Bellotti e Oltramari, citando as palavras de Juliane Moraes, se posicionam no sentido de que, os direitos da personalidade devem ser vistos como um valor único, que se manifesta de diferentes formas, o ordenamento jurídico os protege, pois se trata de um guardião do primado da dignidade humana. (MORAES, 2001 apud BELLOTTI e OLTRAMARI, 2004, p. 84-85).

Galdino discorre acerca do direito de personalidade nas ações de paternidade, lembrando que, antes de ser previsão constitucional, o direito de personalidade é uma faculdade adquirida pelo indivíduo desde seu nascimento, e não pode ser renunciado ou transferido, é garantidor da dignidade humana. No caso do direito de personalidade, na ação de paternidade, um direito natural e imutável, de conhecer a sua origem biológica, direito a um nome. Entende ser desanimador pensar que pode ser desconsiderado, em benefício de formalidades processuais. (2006, p. 156).

Assim complementa a autora que:

Logo, em se envolvendo na ação investigatória o direito de personalidade, habitam nessa demanda elevados interesses sociais. Por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda a dúvida, e somente a perícia do DNA poderia expungir eventual dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos. (GALDINO, 2006, p. 156).

Nas ações de investigação de paternidade, o interesse da parte a sua origem biológica é tutela dos direitos de personalidade, direito à honra, ao nome, negar-se a realização do exame, para se comprovar a ligação biológica é ferir o sentimento mais íntimo de um ser, sua dignidade.

Se levado a um juízo de ponderação, juntamente com o postulado da coisa julgada, qual seria mais condizente com os preceitos constitucionais. O respeito à dignidade, a personalidade, ou a um elemento que compõe o arcabouço normativo de nosso ordenamento jurídico.

Bastos orienta que [...] o fato é que de longa data percebeu-se que a função básica do direito é constituir uma situação, um espaço jurídico dentro do qual a personalidade humana pode desenvolver, sem estar sob restrições legais que violentem o livre desabrochar de sua personalidade[...] (2010, p. 235).

Levando em conta esse enunciado e a questão colocada, assegurar a imutabilidade da coisa julgada, seria impedir que o direito possibilitasse o desenvolvimento da personalidade, tal qual o deveria. Pois, a certeza da origem biológica também é uma questão de dignidade.

3.3 Colisão de direitos fundamentais

Ocorre a colisão de direitos fundamentais, quando diferentes interesses se contrapõem, com o exercício de direitos individuais, através da manifestação de seus titulares. Cada indivíduo é dotado de prerrogativas inerentes a sua condição. Vivemos em uma sociedade livre, na qual cada um poderá exercer plenamente essas prerrogativas. Ocorre que, nas relações humanas, entre diferentes indivíduos, os seus interesses podem se opor, um atingindo ao outro, seja através dos direitos fundamentais naturais ou daqueles adquiridos posteriormente, através de atos da vida civil.

Estar-se-á, diante de uma colisão de direitos fundamentais, cuja discussão caberá ao Poder Judiciário.

Para o autor Robert Alexy:

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido- uno de los principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplaza do ni que el en principio desplaza do haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que , bajo ciertas circunstancias uno de los principios procede al outro.(2002, p. 89).

Assim, na hipótese de uma colisão de princípios, quando dois direitos fundamentais, igualmente tutelados se confrontarem, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, os valores contidos em cada um, serão ponderados e se chegará à hipótese de que um deles deverá ceder ao outro. Na hipótese em questão, não haverá mudança substancial no seu enunciado, seus postulados serão os mesmos, somente na questão apreciada este terá sua eficácia diminuída.

Conforme o autor Gilmar Ferreira Mendes “Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”. (2007, p. 77).

Também o autor José Joaquim Gomes Canotilho, partilha desse entendimento:

[...] considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos fundamentais** quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um << choque>>, um autêntico conflito de direitos. (2003, p. 1270., grifos do autor).

Complementando, Mendes utiliza um exemplo, do que seria um conflito de direitos fundamentais, citado pelo autor Edson Farias. Assim, é o caso de a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação, colidir com à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem das pessoas. (2007, p.78).

Para o autor, essa colisão de direitos fundamentais, pode se dar em sentido amplo ou estrito. A primeira, é aquela que ocorre entre algum direito fundamental e outros princípios ou valores tutelados constitucionalmente. A segunda, em sentido estrito é a que ocorre entre dois direitos fundamentais, de mesmo grau hierárquico. Pode ocorrer entre direitos fundamentais idênticos ou diversos. As de direitos idênticos, subdividem-se em quatro tipos: a colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa, como exemplo, dois grupos querendo utilizar o mesmo espaço público. A colisão de direito de defesa, de caráter liberal e o direito de proteção: o autor dá o exemplo de se atingir o sequestrador para proteger a vítima, uma colisão complexa para ele. A colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo, desse mesmo direito, seria a liberdade de se adotar religião ou não, ou se pode o Estado, influenciar nessa decisão. A colisão entre um aspecto jurídico, de um direito fundamental e seu aspecto fático, conceder ajuda aos menos favorecidos, como fica o princípio da igualdade. Já, para os direitos fundamentais diversos, dá o exemplo da liberdade de imprensa, que viola a privacidade de terceiros. (MENDES, 2007, p. 78-79).

A respeito das colisões em sentido amplo, diz que são aquelas que envolvem direitos fundamentais e outros valores e princípios tutelados constitucionalmente, cita o exemplo do direito a propriedade em conflito com outros interesses coletivos. (ALEXY, 1998 apud MENDES, 2007, p. 78-79).

Assim, a Constituição Federal mantém seus preceitos em mesmo grau hierárquico, deve ser vista como um complexo de previsões legais, criadas para assegurar direitos e garantias. Coloca a dignidade humana como uma das bases, na qual se assenta o Estado Democrático de Direito, dando-lhe maior destaque, que deve ser levado em conta, na valoração da situação que se apresenta na colisão de direitos fundamentais.

Um dos meios mais eficazes nesta ponderação de valores constitucionais é a adoção do princípio da proporcionalidade, como já visto, instrumento que através de critérios de necessidade e adequação chega para pacificar esses conflitos.

3.3.1 A colisão de direitos fundamentais na investigação de paternidade e a hierarquia de interesses

Conforme já colocado, com o advento do exame pericial genético de DNA, surgiu no campo jurídico, acirrada discussão acerca da possibilidade, de se flexibilizar o instituto da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, que tenham transitado em julgado, sem que as partes envolvidas, tivessem tido a oportunidade de se sujeitarem ao referido exame, seja por não disporem de recursos para realizá-lo, ou porque, este era desconhecido à época que tramitou a ação judicial.

Ocorre que, a proposta dessa teoria da relativização, é que, em situações específicas, com indícios precisos de que alguma injustiça processual tenha sido acobertada com o manto da coisa julgada, se possibilite a desconsideração do instituto, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Complementando, a autora Natalia e Silva de Almendra Freitas:

Estar-se-ia diante do paradigmático *conflito entre princípios*: de um lado o postulado da segurança jurídica, favorável a manutenção da intangibilidade da coisa julgada; de outro, diversos valores que, igualmente, mereceram a proteção de nosso constituinte, como, v.g., o respeito à dignidade da pessoa humana, a proibição de injustiças flagrantes, a isonomia, a moralidade, etc. (FREITAS, 2009, p. 56, grifos do autor).

E no caso do conflito desses princípios, o método a ser adotado é a aplicação do princípio da proporcionalidade, que através da análise do caso concreto, e da observação de suas peculiaridades, faz a ponderação dos bens ali discutidos, adequando meios e fins, a fim de determinar qual prevalecerá frente ao outro, de modo que, o que sucumbiu sofra as consequências na medida da necessidade que se apresentar.

Moura e Oltramari entendem que, tanto a coisa julgada, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser analisados para se obter uma solução mais equânime nessa relação de conflito. Os princípios devem ser ponderados de acordo com a situação concreta, observadas as peculiaridades de cada qual. Ressaltam que, a dignidade é o norte não somente para os direitos fundamentais, mas um núcleo em torno do qual se estabelece todo o ordenamento jurídico. Acrescentam que, uma possível desconsideração de sua supremacia importaria em ato inconstitucional, visto que, é um primado da ordem jurídica pátria. Exemplificam o conflito, citando a história de um menor em busca do reconhecimento de sua paternidade, sendo que neste caso nenhuma lei ou interesse social, se sobrepõe a seus direitos. Ao impedir a busca de sua paternidade, estará se banalizando a importância que a dignidade humana recebeu de nossa Constituição Federal. (2004, p.84-85).

Nessa situação, entram em colisão dois direitos fundamentais. Na ponderação dos princípios, para se estabelecer uma hierarquia de interesses, se for negada a relativização, estar-se-á ferindo o direito constitucional à dignidade, se negará o direito à filiação. Se possibilitar-se-á a relativização, do instituto da coisa julgada, se preservará o princípio da dignidade humana, em detrimento desta. Que para os autores sofrerá “apenas aranhões, justificáveis frente objetivo tão nobre”. (MOURA e OLTRAMARI, 2004, p. 85-86).

Concluem estes, afirmando que, o direito fundamental a coisa julgada não é absoluto. Visto que, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado, atestando que o menor não provou a paternidade atribuída ao suposto pai, este pode por conta própria, realizar o exame e registrá-lo como seu filho. De que valeria então essa sentença, seria ele um filho da coisa julgada. (2004, p. 84-87).

E destacam que, [...] “ a coisa julgada no caso do reconhecimento da paternidade, é mais tabu do que realidade, não podendo servir para violar o direito fundamental do autor de buscar a verdade biológica de sua filiação. (MOURA e OLTRAMARI, 2004, p. 87).

É necessário considerar, que o direito precisa acompanhar as evoluções sociais e isso vale também para seus postulados, como o instituto da coisa julgada, mesmo sendo uma garantia importante para a composição dos litígios, é necessário que esta seja aperfeiçoada, em situações tais como a da investigação de paternidade, onde outros direitos tutelados se impõe a ela.

CONCLUSÃO

Na evolução histórica do Direito Processual Civil Brasileiro, muitas foram as mudanças ocorridas e as adaptações realizadas para que este acompanhasse nossa sociedade e seus anseios, que se modificam constantemente, seja no campo político, social, econômico, cultural, moral e científico, que é onde surge nossa questão.

A Constituição Federal de 1988 possui como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito. Para assegurar a realização desse primado constitucional, ao lado dispõe as garantias, pois não basta somente atribuir direitos aos indivíduos, é necessário garantir a sua aplicabilidade.

Com as recentes descobertas científicas, das últimas décadas, relativas à identidade genética dos indivíduos, que pode ser obtida através da realização do exame pericial genético de DNA, que apresenta graus de acerto elevadíssimos, como nenhuma outra técnica já alcançou até hoje. Sendo que para a ciência é divisor de águas, hoje se fala do antes e do depois do exame pericial genético de DNA.

A técnica foi aceita e adotada pelos Tribunais brasileiros e se tornou um ícone para ações dessa natureza. Passou-se a partir de então, a considerar que aquelas ações de investigação de paternidade, que tramitaram antes do advento do exame, poderiam conter erros, a respeito do vínculo biológico dos envolvidos, por não terem a época dos fatos, a possibilidade de realização do exame.

A partir da adoção da técnica por parte do Judiciário, e a disseminação de sua precisão, que alcança índices elevadíssimos, se comparado a outros meios existentes, surgiu à teoria da relativização da coisa julgada, que tem como um de seus postulados a possibilidade de ações de investigação de paternidade, acobertadas pelo manto da coisa julgada, ser flexibilizadas, para que as partes realizem o exame.

Ocorre que, essa teoria entra em choque com os primados do instituto da coisa julgada material, que é amparada pelo princípio da segurança jurídica.

Configurando uma verdadeira colisão de princípios fundamentais, de um lado, a coisa julgada, segurança e estabilidade jurídica da decisão e de outro, o direito a origem biológica dos indivíduos, um direito de personalidade, direito ao seu nome, amparado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Como meio para pacificar esses conflitos, nos quais dois direitos fundamentais tutelam as mesmas garantias, considera-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, instrumento apto a realizar a ponderação de valores, através da análise da adequação dos meios empregados, a obtenção dos fins perseguidos, pode chegar a solução mais justa, para a questão conflituosa. Pois, apesar de não estar inserido no rol constitucional, seus postulados são garantia da aplicação dos objetivos maiores, contidos em nossa Constituição Federal.

Assim, o direito, como ciência social que é, precisa acompanhar as mudanças sociais e adequar-se as novas realidades, será preciso alcançar novos padrões, estabelecer regras, que se amoldem aos conflitos cotidianos. O que se propõe, não é abolir o instituto da coisa julgada, mas sim, que em alguns casos, este possa ser relativizado, para que se permita a prova genética. Que o valor da segurança jurídica, momentaneamente, de espaço a valores que o superam em sua magnitude, como o é, a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILLA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, **In: Revista da Pós- Graduação da Faculdade de Direito da USP**, Porto Alegre, Síntese, nº 1, Coleção Acadêmica 9, p. 27-54, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares; JUSTEN FILHO, Marçal. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e da análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro Editores Ltda, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiro Editores Ltda, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <[http:// www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > Acesso em 02.mai.2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <[http:// www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > Acesso em 02.mai.2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 02.mai.2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 16.mai.2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 16.mai.2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª. ed. 8 reimp. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

COHEN, Ricardo Moraes; GOMES, Magno Federici. **Relativização da coisa julgada : Teorias, controvérsias, dilemas e solução**. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, porto Alegre, ano IX, nº 53, maio-junho, 2008, p. 83-101.

CREMASCO, Suzana Santi. **Notas sobre a flexibilização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. **Direitos das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, ano XII, nº19, Dez/ Jan, 2011, p. 50-75.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil, tomo 2: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento da sentença**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: parte geral: teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

FÁVERO, Altair Alberto. et al. **Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas**.4.ed. ver. e ampl. Passo Fundo: Ed: Universidade de Passo Fundo, 2008.

FREITAS, Natália e Silva de Almendra. Da relativização da coisa julgada material nas ações investigatórias de paternidade. **Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, ano XI, nº 11, Ago-Set, 2009, p. 49-66.

GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, 2006, p. 149-167.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2011, v.1.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento(2ª parte) e procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. **Revista brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, n.1, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo. Curso de processo civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7 .ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1.

MORAES, Alexandre de. **Direito humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo, Atlas, 2011.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: atlas, 2011.
- MOURA, Cláudia Bellotti. **A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: novas perspectivas**. Passo Fundo: UPF, 2004.
- MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: Uma questão de dignidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 27, v. 6, 2004, p.72-95.
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Negatória de paternidade ou coisa julgada: Coisa julgada ou DNA negativo. O que deve prevalecer? **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 21, v. 6, 2003, p. 113-159.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil, análise, crítica e atualização**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.34ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil- Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1.

ANEXOS

JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

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 BENEFICÁRIO 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 emanação 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 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PARA OPORTUNIZAR A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. O direito à identidade genética relaciona-se entre os direitos da personalidade e prepondera sobre a segurança jurídica emanada da coisa julgada, justificando sua relativização para oportunizar a renovação de ação de investigação de paternidade quando na anteriormente ajuizada não foi realizado exame de DNA. Precedente do STF no RE 363.889. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70051752665, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013, Diário da Justiça do dia 13/02/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE AJUIZADA POSTERIORMENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA MATERIAL. RELATIVIZAÇÃO QUE NÃO SE OPERA NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. 1) Diversamente do que ocorre nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por insuficiência de provas a justificar a relativização da coisa julgada, no caso, o juízo de procedência da demanda está fulcrado nas provas pericial e testemunhal colhidas. 2) Hipótese que não se amolda às situações excepcionais em que se afigura cabível a relativização da coisa julgada, pois no processo anterior, que aqui se pretende desfazer, formou o julgador juízo de certeza acerca da paternidade ante o resultado da perícia realizada e ouvida de testemunhas, as quais confirmaram a existência de relacionamento amoroso entre o recorrente e a mãe da ré. 3) Instrumento processual eleito pela parte que é inadequado para rescindir ou anular a sentença anteriormente proferida, inexistindo, de qualquer sorte, demonstração de eventual vício. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046955100, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 10/05/2012, Diário da Justiça do dia 16/05/2012).

