

# **A segurança jurídica e o princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)**

*La certezza del diritto e il principio di proporzionalità nel Supremo Tribunale Federale (STF)*

**Francisco Narcélio Ribeiro<sup>1</sup>**

## **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar o problema da colisão de direitos fundamentais e, por consequência, os caminhos importantes para solucioná-lo. Para tanto, será estudada a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, publicado em 02 de junho de 2011, no qual foi constatada a colisão entre o princípio da segurança jurídica, representada pela coisa julgada material, e o princípio da igualdade entre os filhos e dos direitos fundamentais à filiação, à identidade genética como emanção do direito de personalidade e à assistência jurídica integral. Nesse diapasão, constata-se que a corte constitucional relativizou a coisa julgada material, afirmando utilizar-se da ponderação. Entretanto, em razão de ter sido um ato estatal (sentença judicial transitada em julgado) que gerou sobredita colisão, o caminho adotado deveria ter sido o princípio da proporcionalidade, e não a ponderação, haja vista que o primeiro se aplica aos casos de eficácia vertical dos direitos fundamentais, e a segunda, aos casos de eficácia horizontal de tais direitos. Dessa forma, seria necessário passar pelo tríplice fundamento da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Finalmente, considera-se a efetivação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana nos casos de colisão de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Fundamento da dignidade da pessoa humana. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da segurança jurídica. Princípio da proporcionalidade.

## **Riassunto**

Il presente articolo ha come obiettivo analizzare il problema della collisione dei diritti fondamentali e, di conseguenza, i modi importanti per risolverlo. Pertanto, sarà studiata la posizione del Supremo Tribunale Federale (STF) in Impugnazione Straordinaria n 363.889/DF, pubblicato il 2 giugno 2011, in cui è stata trovata la collisione tra il principio della certezza del giudizio, rappresentata dalla cosa giudicata materiale, e il principio di uguaglianza tra i figli e i diritti fondamentali alla filiazione, alla identità genetica come emanazione del diritto della personalità e alla assistenza legale completa. In tale ottica, si costata che la Corte costituzionale ha relativizzato la cosa giudicata materiale, sostenendo che ha usato ponderazione. Tuttavia, poiché si trattava di un atto di stato (sentenza passata in giudicato) che ha generato suddetta collisione, il percorso adottato sarebbe dovuto essere il principio di proporzionalità, e non la ponderazione, considerando che il primo si applica ai casi di efficacia verticale dei diritti fondamentali, e il secondo, ai casi di efficacia orizzontale di tali diritti. Pertanto sarebbe necessario passare attraverso il triplice fondamento di adeguatezza, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Infine, si considera l'effettuazione del fondamento costituzionale della dignità della persona umana nei casi di collisione dei diritti fondamentali.

**Parole chiave:** Fondamento della dignità umana. Collisione dei diritti fondamentali. Principio della certezza del giudizio. Principio di proporzionalità.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Professor substituto da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, na área de Direito Civil, no período de 2005 a 2007. Professor da Faculdade Luciano Feijão em Sobral (CE) das disciplinas de Introdução à Ciência do Direito e Direito do Consumidor. Advogado.

## 1 Introdução

Problema jurídico de grande relevância é o tema da colisão de direitos fundamentais. Como solucioná-lo? As técnicas tradicionais não podem ser utilizadas. Dessa forma, caminhos são trilhados pela doutrina e jurisprudência para satisfação de espinhoso trabalho. Assim, destacam-se a proporcionalidade, a ponderação e a hierarquização como instrumentos para resolver tais conflitos.

Outro problema sério é a efetiva aplicação de tais instrumentos, posto que mesmo a corte constitucional pátria não os aplica de forma adequada. Na verdade, acaba por confundilos, até porque a adoção de um desses caminhos ou resulta na exclusão dos demais ou eles se aplicam em ocasiões distintas.

O presente trabalho realiza uma análise de importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), dotada de repercussão geral, da qual resultou a relativização da coisa julgada material. Tal julgamento ocorreu em 02 de junho de 2011. No caso, destacam-se os votos do ministro Luiz Fux e do ministro relator Dias Toffoli.

Assim, após a colação da ementa da decisão objeto desta análise, bem como de posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do mérito da questão, serão tecidos comentários sobre o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão de sua importância para a solução de conflitos entre normas. Em seguida, será abordada a garantia da segurança jurídica materializada na coisa julgada.

Serão, ainda, abordados o princípio da proporcionalidade e a ponderação como instrumentos para solucionar a colisão de direitos fundamentais. Nesse passo, estabelecer-se-ão as diferenças entre ambos, e, ainda, qual deveria ter sido o meio adequado para o caso da decisão do STF acima citada, tomando-se por base a existência da segurança jurídica como um dos princípios em colisão.

## 2 Decisões do STF E STJ

RE 363889 / DF - DISTRITO FEDERAL  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI  
Julgamento: 02/06/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação  
ACÓRDÃO ELETRÔNICO  
REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO

DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011

Parte(s)

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECTE.(S) : DIEGO GOIÁ SCHMALTZ

ADV.(A/S) : ARTHUR HENRIQUE DE PONTES REGIS

ADV.(A/S) : MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

RECDO.(A/S) : GOIÁ FONSECA RATES

ADV.(A/S) : RAIMUNDO JOÃO COELHO

Ementa

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR 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 emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (Grifo nosso)

O assunto tratado na decisão em cotejo merece destaque, porque foi tema de acalorado debate doutrinário e jurisprudencial, haja vista que possibilita uma colisão entre o princípio da segurança jurídica (neste caso, materializada na coisa julgada) e outras normas constitucionais, tais como o princípio da igualdade entre os filhos e os direitos fundamentais à filiação, à identidade genética como emanção do direito de personalidade e à assistência jurídica integral.

Para destacar o problema jurídico acerca do tema, colacionam-se adiante acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão que julgou a matéria de forma contrária àquela consignada no aresto prolatado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

*I – Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.*

*II – Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada” (Brasil, STJ, Recurso Especial nº 107.248-GO, relator Ministro Carlos Alberto Menezes, DIREITO, DJU 29/06/1998) Grifo nosso*

*PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 706.987/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJe 10/10/2008 Grifo nosso*

Analisando-se as decisões do STJ, constata-se a primazia da segurança jurídica em detrimento das demais normas constitucionais. Dessa forma, percebe-se a disparidade de pensamento entre o STF e o STJ nas decisões. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal (STF), com repercussão geral, colocou fim à questão, reputando, conforme expressa o texto da ementa, a importância “do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos”.

### *2.1 Breve relatório da decisão STF*

Foi intentada nova ação de investigação de paternidade em que se alegava que no processo anterior (instaurado há mais de vinte anos e julgado improcedente por insuficiência de provas) não havia sido realizado exame de DNA, em virtude do seu alto custo financeiro e porque, apesar de o autor ter sido assistido pela Defensoria Pública, não existia lei que permitisse ao Distrito Federal realizar sobredito exame naquela época. O juiz monocrático, no despacho saneador, não acatou a preliminar do promovido, que alegava a coisa julgada. Foi interposto agravo de instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, por sua vez, deu provimento ao mencionado recurso, acatando a segurança jurídica.

Dessa forma, houve o manejo do recurso extraordinário, posto que o caso levantava questão de colisão de direitos fundamentais. De um lado, a segurança jurídica materializada

na coisa julgada material e, do outro, os direitos fundamentais à filiação, à identidade genética e à assistência jurídica integral, bem como o princípio da igualdade entre os filhos. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação em junho de 2011, com repercussão geral, acatando a tese da relativização da coisa julgada. Para tanto, os ministros da suprema corte afirmaram que a técnica utilizada para resolução de colisão entre direitos fundamentais era a da ponderação.

### **3 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**

Propedeuticamente, necessário falar sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana pelos seguintes motivos: a) é norma fundamento do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil; b) os ministros Dias Tóffoli e Luiz Fux comentam sobre tal fundamento em seus votos, o primeiro destaca o perigo da sua banalização, daí porque buscou não aplicá-lo, enquanto o segundo afirma que o realiza através de uma vinculação indireta.

Fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF/88), o princípio da dignidade da pessoa humana é a base para a construção de uma sociedade em que o ser humano é colocado como um fim em si mesmo, inclusive de toda ordem jurídica. O imperativo categórico de Kant introduz tal máxima como algo essencial à humanidade. Sobre o assunto, discorre Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 81):

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.

Para Kant, o homem é um ser racional e isso o diferencia dos animais. Devido a essa racionalidade é que era chamado de pessoa humana. Disso resulta que ele possui uma essência superior a qualquer ser vivo, surgindo daí a ideia de dignidade (HOLANDA, 2014, p. 21). Percebe-se a valorização do homem enquanto pessoa, merecedor de dignidade, jamais podendo ser objeto, e sim, fim. A sociedade, a economia, o direito, a política, dentre outras, existem para realizar o valor maior, qual seja, dignidade ao ser humano.

O homem, assim como todo ser racional, existe como fim em si mesmo, jamais podendo ser meio para satisfação arbitrária desta ou daquela vontade. No entanto, o valor dos objetos materiais que se pode adquirir é sempre condicional. Assim, observa-se que tudo tem

uma dignidade ou um preço. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, então ela tem dignidade. Esta apreciação dá a conhecer como dignidade o valor de uma disposição do espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço (SARLET, 2004, p. 33-34).

Segundo José Afonso da Silva (1998, p. 90), essa concepção kantiana tem natureza filosófica:

A filosofia mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis porque se lhe chamam coisas; ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio por ser objeto de respeito. (...) do mesmo princípio racional que vale para mim, é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa.

A doutrina nacional é unânime em afirmar a importância e a significação do fundamento do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, esclarece Flávia Piovesan (s/d, p. 05) que o valor da dignidade humana, elevado à condição de princípio constitucional, impõe-se como núcleo básico do ordenamento jurídico pátrio, sendo parâmetro de valoração para orientar a interpretação e compreensão de sobredito ordenamento.

Afirma ainda Flávia Piovesan que a dignidade humana e os direitos fundamentais conferem suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Portanto, ambos têm um papel singular na ordem jurídica. Diante disso, pergunta-se: qual a relação entre dignidade humana e direitos fundamentais?

Sobre o assunto, Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 35), ao definir direitos fundamentais “como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”, estabelece uma relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana numa perspectiva de que os primeiros são instrumentos de efetivação do segundo, haja vista que se começa a constatar um conteúdo no fundamento constitucional. É através dos direitos fundamentais que se realiza a dignidade humana.

O conceito acima exarado possibilita um caminho para se estudar a problemática situação da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, não resta dúvida acerca de sua importância; no entanto, diante da generalidade que lhe é inerente, são

necessários instrumentos para sua concretização. Sobre o assunto, afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 563):

A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental, verifica-se que uma conceituação mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do Direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma 'ambiguidade e porosidade', assim como por sua natureza necessariamente polissêmica.

Assim, os direitos fundamentais são as linhas orientadoras para a realização do fundamento da dignidade da pessoa humana, posto que traduzem sua concepção. Nesse contexto, insere-se o tema do mínimo existencial para concretização do referido postulado.

Ana Paula de Barcellos (2008, p. 288), no campo dos direitos sociais, identifica o mínimo existencial como núcleo da dignidade da pessoa humana. Esse mínimo é composto de quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Tal identificação é pautada numa visão sistemática, integradora, em que os direitos fundamentais se destacam. Dessa forma, constata-se um mínimo possível, o qual, uma vez afrontado, será atingida a própria dignidade humana.

Isso não quer dizer que o postulado constitucional ora em estudo se limite ao referido núcleo existencial, mas sim que esse núcleo é a base mínima de percepção e realização do fundamento. Lembra-se, para tanto, que todos os direitos fundamentais traduzem a concepção da dignidade humana, e não somente um núcleo mínimo.

Em concepção semelhante, no campo do direito civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 85) afirma a existência de um substrato material ao princípio expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Tal substrato se encontra nos seguintes postulados:

O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de

vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.

Assim, conforme ensina a professora Maria Celina, são corolários de tais postulados os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade. A integridade psicofísica, conforme se percebe, é uma decorrência do princípio da igualdade, mas também busca garantir o direito a uma vida digna. Para a autora, o fundamento constitucional ora comentado será minimamente atendido se, diante das situações concretas, buscarem-se efetivar tais direitos fundamentais.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, que possui caráter abstrato e genérico, vai se concretizando através de outros princípios, a exemplo daqueles acima referidos. Não se deve esquecer, ainda, que a dignidade humana deve ser utilizada como fundamento para interpretar o ordenamento jurídico, inclusive no importante assunto da colisão entre direitos fundamentais. Ou seja, havendo colisão entre direitos fundamentais, a interpretação deve se pautar na regra da proporcionalidade (em alguns casos somente a ponderação), objetivando a realização do fundamento constitucional no caso concreto.

Acerca da colisão de princípios, Robert Alexy (2008, p. 93-94) destaca a importância do caso concreto no sopesamento a ser realizado. Ele propõe que a solução para as colisões consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Infere-se disso que somente nas circunstâncias do caso concreto é que se poderá avaliar com clareza qual direito fundamental terá mais peso.

Diante dessa situação, ainda que haja teorias afirmando um mínimo existencial, bem como um substrato material da dignidade da pessoa humana, o caso concreto é que determinará as condições para a realização da proporcionalidade no tema colisão de princípios constitucionais. Contudo, da mesma forma que essas teorias, a solução deverá levar sempre em conta a realização da dignidade da pessoa humana.

É nessa perspectiva que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) efetivaram o fundamento da dignidade da pessoa humana na decisão acima colacionada. Através dos direitos fundamentais sopesados no caso concreto, utilizando hermenêutica capaz de perceber e efetivar o fundamento em apreço. Dessa forma, embora o ministro Dias Tóffoli afirme não aplicá-lo por receio da banalização, acaba por utilizar a mesma didática do colega Luiz Fux, que o realiza através dos direitos fundamentais destacados logo adiante.

## 4 Dos direitos fundamentais presentes na decisão do STF

Depois dos comentários acerca do fundamento da dignidade da pessoa humana, merece destaque a garantia fundamental da segurança jurídica materializada na coisa julgada. É imperioso lembrar que na decisão da corte constitucional, tal garantia colide com outras normas constitucionais, a saber: a) para o ministro Dias Toffoli, o conflito se dá com o princípio da igualdade entre os filhos e o direito fundamental à identidade genética como emanção do direito de personalidade; b) para o ministro Luiz Fux, a colisão ocorre com os direitos fundamentais à filiação (art. 227, § 6º, CF/88) e à assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV).

### 4.1 Garantia da segurança jurídica materializada na coisa julgada

O artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, reza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A proteção objetivada pela norma constitucional é a garantia da segurança jurídica, consignada no *caput* do artigo 5º da norma ápice do ordenamento. Dessa forma, é importante analisar a coisa julgada como instituto jurídico propiciador da segurança jurídica. Nesse sentido, em seu voto vista, o ministro Luiz Fux afirma que:

Na essência, a proteção à coisa julgada material é uma decorrência do princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que se destina à pacificação dos conflitos sociais.

(...)

princípio que informa a sua interpretação finalística e a sua aplicação aos casos concretos: in casu, é o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), como já visto, que serve de manancial para a definição do sentido e do alcance da garantia da coisa julgada material.

Portanto, a garantia constitucional da coisa julgada refere-se ao instituto processual da coisa julgada material. É com este que a prestação jurisdicional fica totalmente exaurida, pois o mérito da questão é julgado, ocorrendo, posteriormente, o trânsito em julgado da sentença. A decisão judicial transitada em julgado tem força de lei entre as partes, uma vez que sobre ela incide a autoridade da *res judicata* material, tornando-a imutável e inalterável.

Nesse íterim, destaca-se que a coisa julgada discutida na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), referida neste trabalho, é a material. Ressalta-se que o processo anteriormente apreciado foi julgado improcedente por insuficiência de prova. Naquela oportunidade, há aproximadamente 25 anos, o avanço científico e tecnológico já permitia o

exame de DNA. Entretanto, a parte interessada não tinha condições financeiras para realizá-lo; e, apesar de atendida pela Defensoria Pública, não havia previsão legal para que o Estado (Distrito Federal, no caso) custeasse o procedimento. Assim, não foi possível naquele momento a realização de sobredito exame.

Os ministros da suprema corte afirmaram categoricamente que a coisa julgada da ação é a material. O ministro Luiz Fux dispôs que “ao contrário do que consta das alegações dos recorrentes, a improcedência por insuficiência de provas, no campo da teoria do processo, constitui, sim, um julgamento de mérito, e não uma sentença meramente terminativa”. Por sua vez, o ministro Ayres Brito ensinou:

Senhor Presidente, também não desconheço que, na doutrina e na jurisprudência, é assente o entendimento de que a decisão judicial que julga improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade por falta de provas - é o caso dos autos - faz coisa julgada material.

No entanto, aceitar integralmente a segurança jurídica e desprezar os demais institutos jurídicos é algo perigoso, uma vez que pode atingir e contrariar outros dispositivos de natureza constitucional. É necessário, antes, estabelecer ponderações entre os princípios para a devida harmonia do ordenamento jurídico; os princípios não são unânimes individualmente, eles se equilibram a si próprios.

A coisa julgada é, sem dúvida, importante instituto para o ordenamento jurídico, razão pela qual não se deve cogitar que haja, de forma leviana e banal, a sua relativização, mas apenas excepcionalmente é que esta pode ocorrer. Assim sendo, faz-se importante interpretá-lo em consonância com todo o sistema, observando-se outros princípios também constitucionais para que se tenha, enfim, um resultado que objetive a realização da dignidade da pessoa humana, nem que para isso seja necessário se relativizar o instituto em estudo.

Ressalte-se que na análise de possível conflito que venha a surgir, o labor do jurista deverá guarnecer-se de um cuidado minucioso; os valores envolvidos atingem sobremaneira a vida em sociedade. A segurança jurídica não pode e não deve sofrer lesões que a desnature, haja vista que é o próprio ordenamento jurídico em si que sofrerá as consequências.

## **5 Colisões de direitos fundamentais: princípio da proporcionalidade e ponderação**

Propedeuticamente, necessário lembrar o seguinte: a) este trabalho visa analisar decisão do STF na qual houve colisão de direitos fundamentais; b) é importante, em casos

dessa natureza, aplicar técnicas interpretativas que assegurem o princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto; c) a segurança jurídica materializada na coisa julgada material é um dos princípios envolvidos na colisão. Agora, é imperioso tratar do princípio da proporcionalidade, bem como da ponderação, como instrumentos interpretativos que podem ser utilizados para a resolução da mencionada colisão de direitos fundamentais.

Tendo-se por base as lições de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), entende-se que proporcionalidade:

é uma regra de interpretação e aplicação (...) dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.

O primeiro ponto do conceito acima se refere ao fato de a proporcionalidade ser uma regra e não um princípio, conforme usualmente é chamada. Afirma o autor que os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas; são, dessa forma, mandamentos de otimização. E a regra da proporcionalidade não cumpre essa função, haja vista não produzir efeitos em variadas medidas.

Entretanto, a questão acima não é aceita pela maior parte da doutrina. Inclusive, o próprio Robert Alexy, em quem Luís Virgílio Afonso da Silva fundamenta seu posicionamento, afirma que proporcionalidade é princípio. Discorrendo acerca da ponderação, ensina Alexy (2012, p. 16): “No direito constitucional alemão ela é um aspecto requerido por um princípio mais abrangente, nomeadamente o princípio da proporcionalidade”. Na mesma linha, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 266) igualmente trata a proporcionalidade como princípio. Tal assertiva decorre mesmo das origens da proporcionalidade na Alemanha, sempre vista como princípio, e não como regra.

Ponto importante, unânime na doutrina, é que ela se aplica aos atos estatais, *v.g.* realização administrativa de políticas públicas concretas, um ato legislativo, decisões judiciais, entre outros. Assim, na medida em que o Estado busca efetivar um determinado direito fundamental, acaba por possibilitar uma ofensa a outro. Através do princípio da proporcionalidade é que tal conflito é solucionado.

Desse contexto ressaí uma assertiva que não pode ser esquecida no presente estudo, qual seja, o ato judicial como ato sujeito ao princípio da proporcionalidade, pois também é ato

estatal. Dessa forma, uma decisão judicial que, embora realizando uma garantia constitucional, impede a efetivação de outro direito fundamental, acaba por gerar uma colisão de normas constitucionais. O assunto será tratado mais adiante.

Colisão entre direitos fundamentais é um tema que precisa ser tratado com o devido cuidado. Não se pode admitir que um direito dessa natureza possa sofrer abalos, sob pena de ser a própria ordem jurídica. Portanto, quando há colisão é necessário atinar para soluções que possam preservar os direitos fundamentais envolvidos na situação. Porém, obrigatoriamente, um deles sofrerá restrições para que o outro cumpra seu mister. O princípio da proporcionalidade tem exatamente essa função, qual seja, garantir que nenhuma restrição a direitos fundamentais seja desproporcional.

Imperioso mencionar que para o ato estatal cumprir realmente a proporcionalidade, é necessário passar pelo tríplice fundamento: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adriana Kinoshita (2010, p. 62-63), quanto ao tema, leciona o seguinte:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) necessidade, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Assim, percebe-se que é através desse triplo fundamento, ou subprincípios, que será observada a proporcionalidade. O primeiro é o subprincípio da adequação. Para Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Ressalta-se, neste momento, a relação entre meio empregado e fim colimado pelo ato estatal.

Outro subprincípio da proporcionalidade é a necessidade, a qual demanda uma análise de consciência que um direito fundamental será limitado ou afastado. Logo, o caminho escolhido deve ser aquele que limite o menos possível tal direito. Portanto, necessidade é a averiguação se aquele caminho adotado pelo ato estatal é o menos gravoso para os direitos fundamentais envolvidos.

O terceiro e último subprincípio é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e

a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

### *5.1 Ponderação*

Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 261), o vocábulo ponderação significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

Conforme se observa, na ponderação existe um conflito entre direitos fundamentais em situações concretas. Para solução dessa colisão é necessário sopesar, no caso, qual ou quais princípios devem ceder com o objetivo de se garantir mais eficazmente outros princípios. Neste passo, o caso concreto em si é muito importante, pois ele determinará o peso de cada princípio na situação. Assim, necessária será a identificação das normas em conflito e as circunstâncias do caso concreto, para, em seguida, realizar um balanceamento ou sopesamento.

É importante constatar que a ponderação se identifica com a norma da proporcionalidade em sentido estrito, já atrás consignada; ou seja, ela está presente na regra da proporcionalidade em seu terceiro subprincípio. Tanto é que Jane Reis Gonçalves Pereira informa que “a ponderação propriamente dita, como técnica de decisão, identifica-se com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito” (2006, p. 266-267). Nessa mesma linha, foi colacionado acima posicionamento de Robert Alexy, quando se comentou da proporcionalidade como princípio.

Imperioso é lembrar que o princípio da proporcionalidade aplica-se aos casos em que exista um ato estatal realizando colisão de direitos fundamentais, e a técnica da ponderação aplica-se àquelas situações de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Portanto, não se confundem. Na verdade, embora a ponderação seja, nas palavras já citadas de Alexy, um aspecto da proporcionalidade, ambos têm aplicações distintas.

## **6 Decisão do STF, princípio da proporcionalidade e ponderação.**

Na decisão do STF ora em cotejo, os ministros afirmaram que a ponderação é o caminho que deve ser utilizado para a solução da colisão entre os direitos fundamentais. A propósito, na ementa do voto vista do ministro Luiz Fux constata-se este fato jurídico, quando ele afirma que a técnica da ponderação decorre da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, essa não deve ser a melhor solução, haja vista que o caso concreto tem em colisão a garantia fundamental da segurança jurídica materializada na coisa julgada. Isso induz a assertiva de ser um ato estatal, qual seja, uma decisão judicial transitada em julgado materialmente, que está ferindo os direitos fundamentais arguidos pelos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux. Assim, o caminho correto para resolver tal colisão é o princípio da proporcionalidade e não a ponderação.

Em artigo denominado *Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, o ministro Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 179) afirma que:

Fica evidente aqui que, também no direito brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como 'lei de ponderação'.

Isso, de fato, é o que ocorre na decisão do Supremo. Equivocadamente, é manejada a técnica da ponderação como meio para solucionar a colisão, quando, na verdade, deveria ser utilizado o princípio da proporcionalidade, posto se tratar de ato estatal. Neste passo, necessária será a satisfação dos três subprincípios inerentes à proporcionalidade. A decisão da corte constitucional ora em análise, no entanto, apenas retrata que a técnica da ponderação decorre da proporcionalidade em sentido estrito, sem qualquer comentário sobre a adequação e a necessidade.

No caso, a finalidade da coisa julgada material é assegurar a segurança jurídica, que, por sua vez, traduz a concepção da dignidade da pessoa humana. Assim, para satisfazer a adequação, é necessário saber se o meio está em sintonia com o fim. Todavia, na decisão sob referência, a segurança jurídica está na contramão da dignidade da pessoa humana (que está mais afeita ao direito fundamental à filiação). Quanto à necessidade, é importante observar se existem outros caminhos que atinjam, em menor perspectiva, direitos fundamentais. Ora, novamente pontuando o caso concreto, percebe-se que ao se privilegiar outros direitos fundamentais presentes na colisão o efeito é menos gravoso.

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que, diante das circunstâncias da situação real, exige a realização de sopesamento, balanceamento, entre cada um dos princípios envolvidos. Nessa ponderação, cumpre escolher aquela solução que melhor satisfaça o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, ainda que resulte numa limitação ou afastamento de algum direito fundamental. Assim, na multicitada decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), entende-se que a segurança jurídica está gerando uma situação desproporcional, razão por que deve ser relativizada a coisa julgada em benefício do direito fundamental à filiação e à identidade genética.

## **7 Conclusão**

Através do recurso extraordinário nº 363.889/DF, o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, decidiu questão pertinente à colisão de direitos fundamentais. A garantia da segurança jurídica, materializada na coisa julgada, era uma das normas constitucionais colidentes. No outro polo estavam os direitos fundamentais à filiação, à identidade genética, à assistência judiciária e o princípio da igualdade entre os filhos. Quanto ao mérito, a suprema corte optou por relativizar a coisa julgada, para que a nova ação de investigação de paternidade pudesse produzir a importante prova do exame de DNA, haja vista que na ação judicial anterior esse exame não fora realizado, porque a parte interessada não dispunha de recursos financeiros e também porque não havia lei específica que legitimasse o Distrito Federal a realizá-lo.

A questão central no presente trabalho repousa no instrumento utilizado pela corte constitucional para solucionar a colisão dos mencionados direitos fundamentais. Os ministros afirmaram que o meio a ser empregado é a técnica da ponderação. Entretanto, tal assertiva parece equivocada. Na realidade, uma das normas em conflito é a garantia da segurança jurídica, materializada na coisa julgada. Logo, é uma sentença, um ato estatal, que está em cena.

Portanto, o instrumento mais pertinente para a solução da colisão na decisão em estudo é o princípio da proporcionalidade, e não a ponderação. Esta, embora esteja relacionada ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, aplica-se nas circunstâncias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ao passo que aquele incide nas relações entre Estado e cidadão, ou seja, quando ocorre situação de eficácia vertical.

Assim, é necessário que o ato estatal observe os subprincípios inerentes à proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Ponderação, revisão constitucional e representação. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 71, jan./fev. 2012, p.15-27.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 363.889/DF**. Relator Ministro Dias Tóffoli. DJe 16/12/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL, STJ, **Recurso Especial nº 107.248/GO**, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 29/06/1998.

BRASIL, STJ, **Recurso Especial nº 706.987/SP**, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 10/10/2008.

HOLANDA, Marcus Mauricius. **Análise constitucional do acesso ao trabalho digno, como instrumento do desenvolvimento econômico e social**. Rio de Janeiro: Lumem Juris Editora, 2014.

KINOSHITA, Adriana. **Direitos fundamentais e juízo de ponderação ante os princípios da hierarquia e disciplina**. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/420/Disserta%C3A3o\\_Adr iana%Kinoshita.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/420/Disserta%C3A3o_Adr%20Adriana%20Kinoshita.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 06 out. 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório de Jurisprudência IOB. Vol. 1 Tributário, constitucional e administrativo. 1ª quinzena de março de 2003. N. 5, p. 178-185, São Paulo: IOB.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215-295.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF.** Disponível em: <[www.dhnet.orgy.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.orgy.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise da perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais.** Salvador: JusPodivm, 2011, p. 561-595.

\_\_\_\_\_, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 212, p. 88-94, abr./jul. 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.