



# ADVOCATUS

PERNAMBUCO

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

Ano 5 Dezembro 2012 Número 9

## Entrevista com o presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcante

### ARTIGOS:

Notas sobre a extinção do processo com resolução do mérito.

A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental

“Fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa

# PONTES CORPORATE CENTER.

APROVEITE AS VANTAGENS DE ALUGAR SEU ESPAÇO COMERCIAL AO LADO DO MAR HOTEL.



**LIGUE AGORA**

**(81) 3302.4500 | 9795.5775**

OU MANDE UM E-MAIL: [nnovos@ponteshoteis.com.br](mailto:nnovos@ponteshoteis.com.br)

Localizado na rua Barão de Souza Leão, o Pontes Corporate Center está perto de tudo e ainda tem acesso ao Mar Hotel, com vantagens exclusivas.

Aeroporto  
a **2 km**

Shopping  
a **2 km**

Centro  
a **10 km**

Suape  
a **45 km**

Preços especiais para uso das áreas de eventos do hotel.

Valores exclusivos para hospedagens.

Acesso à área de entretenimento, academia e restaurantes.

## INFRAESTRUTURA

- Laje corporativa de 530 m<sup>2</sup> com salas de 35 a 100 m<sup>2</sup>;
- Monitoramento por circuito interno;
- Heliponto;
- 5 elevadores de última geração;
- 450 vagas rotativas de garagem;
- Central telefônica inteligente.



PONTES CORPORATE CENTER  
BOA VIAGEM

Foto: Heliane Rosenthal



**Henrique Mariano**  
Presidente da OAB/PE

Foto: Jorge Gregório



**Ronnie Preuss Duarte**  
Diretor-geral da ESA

## Prezado(a) colega,

**A** Revista *Advocatus*, editada pela Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE, chega à sua 9ª Edição. É a última lançada durante o mandato dos atuais gestores à frente da OAB/PE.

Desde o respectivo lançamento, a Revista *Advocatus* logrou alcançar um reconhecimento nacional, restando consolidada como o 2º maior periódico jurídico do Brasil em tiragem, que só nesta edição chega ao domicílio de 18.000 leitores.

Nas nove edições da Revista *Advocatus*, a Escola Superior de Advocacia da OAB/PE distribuiu gratuitamente um total de quase 165.000 exemplares aos advogados pernambucanos, que puderam receber esse importante instrumento de aperfeiçoamento técnico-profissional nas respectivas residências, sem qualquer custo.

Também sob o aspecto qualitativo, a Revista *Advocatus* sempre mostrou uma constante preocupação com a manutenção de um elevado padrão editorial. É, indubitavelmente, um espaço privilegiado para a difusão do conhecimento jurídico entre os membros da nossa classe.

Desde a primeira edição, cuidou de entregar aos advogados pernambucanos uma produção jurídica diferenciada, produzida tanto por autores consagrados, quanto por outros que estrearam na literatura jurídica por intermédio da nossa revista.

Na presente edição, o presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcante, é o entrevistado. Nela, faz um balanço da sua exitosa gestão à frente da Ordem dos Advogados do Brasil, tratando de outros temas de relevo para a sociedade, como a repercussão do julgamento da Ação Penal 70 pelo Supremo Tribunal Federal.

A edição traz ainda artigos versando sobre temas de grande interesse em diversos ramos do direito, em contribuições de conhecidos juristas, tais como José de Oliveira Ascensão, Alexandre Freitas Câmara, Jones Figueiredo Alves, Dayse Mayer, Roque de Brito Alves, Gustavo Henrique de Brito Alves Freire, Beclaute Oliveira, dentre outros.

Desejamos a todos uma boa leitura!

**Henrique Mariano**  
*Presidente da OAB/PE*

**Ronnie Preuss Duarte**  
*Diretor-geral da ESA*

# Cursos de Pós-graduação da ESA/OAB em parceria com a UNINASSAU.

A ESA/OAB-PE em parceria com a UNINASSAU oferece cursos de pós-graduação em Direito nas cidades de:

**Petrolina:**

Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

**Garanhuns:**

Direito Penal e Processo Penal  
Direito Civil e Processo Civil  
Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

**Limoeiro:**

Direito Processual: Civil, Constitucional, Penal e Trabalhista  
Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

**Recife:**

Direito do Consumidor\*

**PREÇOS  
PROMOCIONAIS  
ATÉ 31.01.2013**

\* Parceria da ESA/OAB-PE, Procon e UNINASSAU.



**UNINASSAU**

CENTRO UNIVERSITÁRIO MAURÍCIO DE NASSAU  
FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA

Grupo Ser Educacional  Gente criando o futuro

[posgraduacao@mauricionassau.com.br](mailto:posgraduacao@mauricionassau.com.br)

Inscrições e Mais Informações ESA/OAB-PE:

81-3224-7282 / 3224-2425 - Rua do Imperador, nº 307, Ed. Armando Monteiro Filho - 1º andar - Santo Antônio - Recife/PE

<b>CARTA DE APRESENTAÇÃO</b>	<b>03</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>06</b>
Uma Nova Escola Ronnie Preuss Duarte	
<b>PALAVRA DO PRESIDENTE</b>	<b>07</b>
Henrique Mariano	
<b>ENTREVISTA</b>	<b>08</b>
Ophir Cavalcante	
<b>ARTIGOS</b>	
Notas sobre a extinção do processo com resolução do mérito Alexandre Freitas Câmara	<b>11</b>
A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental Jones Figueiredo Alves	<b>18</b>
"Fundamento do direito": entre o direito natural e a dignidade da pessoa José de Oliveira Ascensão	<b>30</b>
A idoneidade moral como pressuposto de inscrição na OAB Gustavo Henrique de Brito Alves Freire	<b>38</b>
A depressão no ambiente de trabalho e sua caracterização como doença laboral Cristiana Marques dos Reis Guimarães	<b>48</b>
Alguns aspectos da legislação penal no Brasil (ordenações de Portugal) e de textos penais brasileiros. O projeto 236 de 2012 do Senado de reforma do código penal Roque Brito Alves	<b>56</b>
Conflito entre coisas julgadas e o PLS nº 166/2010 Beclaute Oliveira Silva	<b>70</b>
O excesso de poder da administração pública e a teoria dos motivos determinantes Dayse de Vasconcelos Mayer	<b>78</b>
O dever da verdade na manifestação judicial prestada pela União Rodrigo de Andrade Maranhão Fernandes	<b>88</b>
As Ações Regressivas em casos de Acidente de Trabalho e a Necessidade de Amadurecimento do Empresariado Jorge Luiz de Carvalho Dantas Júnior	<b>94</b>
<b>DISCURSO</b>	
Discurso de Posse do TRE/PE Frederico José Matos de Carvalho	<b>101</b>

## Diretoria da OAB/PE

### Presidente

Henrique Neves Mariano

### Vice-presidente

Catarina Almeida de Oliveira

### Secretário-geral

Pelópidas Soares Neto

### Secretário-geral Adjunto

Bruno de Albuquerque Baptista

### Tesoureiro

Hebron Costa Cruz de Oliveira

\*

## Diretoria da ESA-PE

### Diretor-geral

Ronnie Preuss Duarte

### Diretor-tesoureiro

Gustavo Ramiro Costa Neto

### Diretor-secretário

José Pandolfi Neto

### Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho

### Diretor de Comunicação

William Ferreira de Melo

\*

## Conselho Editorial

### Presidente

Ronnie Preuss Duarte

### Membros

Gustavo Ramiro Costa Neto

José Pandolfi Neto

Venceslau Tavares Costa Filho

William Ferreira de Melo

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha

\*

## Projeto gráfico e realização

Mais Comunicação

### Coordenação do projeto:

Fábio Ferreira Gueiros

### Jornalismo

Executiva Press

### Fotografia

Heliane Rosenthal, Jorge Gregório,

Eugênio Novaes

### Diagramação

Eduardo Guimarães

**Tiragem:** 18.000 exemplares

**Impressão:** Gráfica Santa Marta

**ISSN:** 2177-3416

\*

A revista **Advocatus Pernambuco** é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE.

A revista **Advocatus Pernambuco** não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.



## ESA/OAB/PE

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307  
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar  
Santo Antônio - Recife-PE - CEP: 50010-240  
e-mail: esape@smartsat.com.br  
Fone: (81) 3224-7282  
Fax: (81) 3224-2604



**Ronnie Preuss Duarte**

## Uma Nova Escola

**A**o cabo de quatro anos e meio à frente da ESA, é chegada a hora da partida.

O último editorial da Revista Advocatus é redigido em primeira pessoa, porque assim consigo chegar perto de um sincero desejo de dirigir-me presencialmente a cada um dos advogados que participaram dessa longa jornada de quase meia década à frente da Escola.

Lembro vividamente do começo: uma ligação recebida do ex-presidente Jayme Asfora, em meados de 2008, convidando-me para assumir a direção geral do “braço educacional” da OAB/PE. Repto aceito, vi-me às voltas com as severas limitações orçamentárias vivenciadas pela Escola naquela altura. Graças ao apoio recebido da diretoria daquela gestão (com destaque para a pessoa do diretor financeiro de então, Silvio Pessoa Filho), a ESA estreou o maior projeto de inclusão educacional empreendido por uma escola de advocacia em todo o Brasil. Foi também na gestão de Jayme que a ESA lançou a Revista Advocatus, que desde o nascedouro ostenta a condição de segundo maior periódico jurídico nacional em circulação.

Henrique Mariano, tão logo eleito, deu-me a honra de continuar o trabalho. Dele, recebemos um apoio incondicional em todas as iniciativas, o que foi fundamental para que a ESA lograsse o êxito de agora, ocupando uma posição de destaque no cenário jurídico nacional. Hoje, o exemplo pernambucano é considerado modelar para instituições congêneres de outros estados, tendo sob a atual gestão alcançado a independência financeira com um crescimento de mais de 4.000% no faturamento anual.

Foram 35 turmas de pós-graduações findas ou em andamento, beneficiando diretamente aproximadamente 3 mil alunos no período, em projeto que já foi reproduzido em várias outras unidades da Federação; foram quase 210 mil exemplares de publicações (revistas, códigos e plaquetes) distribuídos gratuitamente aos advogados pernambucanos; foram 529 eventos, com quase 22 mil participantes, entre

cursos, seminários e palestras; foram quase 20 mil quilômetros percorridos pelo interior do estado, com cursos voltados para os advogados que atuam fora da capital, com destaque para a Caravana do Processo Eletrônico, um projeto pioneiro voltado à inclusão digital do advogado pernambucano.

Os números superlativos revelam que hoje a OAB/PE possui uma nova ESA, motivo de muito orgulho para todos os advogados pernambucanos. Tudo isso só foi possível graças à confiança dos presidentes acima nominados, ao empenho de todos aqueles que fazem parte da Escola (diretores e funcionários) e, sobretudo, ao prestígio que foi dado à ESA pela honrosa participação dos colegas que estiveram conosco, seja como alunos dos cursos, como leitores das nossas publicações ou como entusiastas do trabalho.

Fica aqui a minha mais profunda manifestação de gratidão, não apenas a Jayme e a Henrique, mas a todos aqueles que contribuíram para que o sonho de ontem encontrasse a realidade de hoje. À saída, o meu sentimento pode ser resumido em duas palavras: MUITO OBRIGADO!

### **Ronnie Preuss Duarte**

Presidente do Conselho Editorial da Revista Advocatus



## Henrique Mariano

Prezado (a) Colega,

Esta edição da Revista Advocatus marca o fim do triênio 2010-2012, no qual estivemos à frente da Presidência da OAB-PE. Foram três anos de muito trabalho, dedicação e realizações. Uma gestão em que procuramos atender a todos os pleitos dos advogados pernambucanos seja da Região Metropolitana do Recife, seja do interior. Acredito que o saldo final foi mais do que positivo, tendo em vista a aprovação recebida da advocacia não só em pesquisas realizadas, como também na eleição do futuro presidente da OAB-PE, Pedro Henrique Reynaldo Alves, que contou com o nosso apoio.

Durante esses três anos, muito foi feito. Inauguramos oito novas sedes de subseccionais e dezenas de salas de advogados por todo o Estado. Realizamos a implantação de centros de inclusão digital nas 24 Subseccionais e também no Grande Recife. Em parceria com a Escola Superior de Advocacia (ESA), ampliamos o programa de pós-graduações, atingindo mais de 3 mil advogados em todo o nosso território, e realizamos a Caravana do Processo Eletrônico – que percorreu mais de 12 mil quilômetros. Implementamos uma política de combate ao aviltamento de honorários advocatícios que, posteriormente, foi levada para todo o País pelo nosso Conselho Federal. Lançamos ainda a campanha de combate ao lobby no Judiciário e a cartilha Vote Limpo para as eleições de 2010 e 2012.

Mais recentemente, inauguramos a pedra fundamental da nova sede da OAB-PE que ficará no Pólo Jurídico do Recife, no Joana Bezerra – um projeto da advocacia pernambucana de mais de 20 anos. Mas é preciso ressaltar que uma gestão da nossa Ordem não é feita por uma única pessoa. Precisamos agradecer a toda nossa diretoria, conselho federal, conselho seccional, diretores da CAAPE e da ESA, membros e presidentes de Comissões e, sobretudo, a todos os advogados que sempre

colaboraram com o nosso o trabalho.

A partir de 1º de fevereiro, estarei exercendo o mandato de conselheiro federal da OAB, representando Pernambuco. Com isso, buscarei expandir os bons resultados que aqui registramos para toda a advocacia brasileira e trabalhar ainda mais pelos advogados pernambucanos junto ao nosso Conselho Federal.

Muito obrigado!!

**Henrique Mariano**  
Presidente da OAB-PE



Foto: Eugenio Novaes.

## **Ophir Cavalcante**

Procurador do Pará, estado brasileiro onde nasceu, Ophir Cavalcante, 51 anos, atua como presidente nacional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) desde 1º de fevereiro de 2010. Nesta entrevista à Revista *Advocatus*, Ophir fala sobre os desafios da Justiça brasileira e avalia casos de grande repercussão, como o julgamento do mensalão e a CPI do Cachoeira. O também professor da Universidade Federal do Pará comenta sua experiência na Ordem, onde encerra seu mandato no próximo ano: “A OAB traz consigo a independência que caracteriza o próprio exercício da cidadania”.

**O** que o senhor acha da qualidade da prestação jurisdicional hoje no país? O senhor acha que ela acontece a contento para o cidadão?

**Ophir Cavalcante** – Houve avanços nos últimos anos, é verdade, mas a prestação jurisdicional que temos em nosso país ainda está um pouco longe de ser a ideal e que atenda as expectativas dos cidadãos. O princípio da celeridade ou mesmo da duração razoável do processo ainda é um princípio, precisa avançar mais. Por sua vez, as custas judiciais são altas, em muitos casos praticamente inviabilizando o acesso ao Judiciário, sobretudo dos mais pobres, sem contar os casos em que se tenta tirar o advogado da cena jurídica. Usa-se a falácia de dispensar o advogado para dar celeridade, com isso prejudicando o andamento do processo e dificultando o entendimento do jurisdicionado.

**Existe alguma iniciativa no país que o senhor acredite que venha trazendo avanços para uma boa prestação jurisdicional?**

**Ophir Cavalcante** – Quando se está diante de uma instituição cujo fundamento é a paz social e o equilíbrio dos poderes, como é a Justiça, é preciso estimular sua capacidade de operar. De nada adiantam as críticas se não for tomada alguma iniciativa para mudar. Se a Justiça não está bem, os operadores do Direito precisam tomar alguma atitude. Nesse sentido, acho que tem dado uma excelente contribuição o prêmio *Innovare*, destacando práticas e promovendo o intercâmbio de ideias entre os vários agentes que atuam na Justiça. É um incentivo a mais, diria até uma maneira de se promover uma verdadeira reforma do Judiciário.

**A quem o senhor credita a imagem de “Justiça lenta” que existe hoje no Brasil, com baixa celeridade nos julgamentos e acúmulo de processos?**

**Ophir Cavalcante** – Essa avaliação deve começar lembrando a Constituição Federal de 1988 que, uma vez promulgada após mais de 20 anos de regime autoritário, resgatou o espírito de cidadania e tornou a Justiça o desaguadouro natural dos conflitos de uma sociedade democrática. Até aí tudo bem, mas pouca gente percebeu,



na ocasião, a situação em que se encontrava o Judiciário, suas deficiências e carências. Jogou-se um peso enorme sobre as suas costas sem avaliar a base estrutural. Há carência de praticamente tudo: de juízes a tecnologia, sem contar a deficiência gerencial que torna o Judiciário um poder paquidérmico em meio a transformações que clamam por agilidade. Ninguém podia avaliar também que a própria União se tornaria um sério problema para o andamento dos processos, na medida em que é ela quem mais aciona a Justiça. Hoje, tem-se a sensação de que foi apontada para a sociedade a porta de entrada da Justiça. Falta dizer onde é a saída.

**O senhor acredita que a Proposta de Emenda Constitucional conhecida como PEC dos Recursos vai fazer com que a prestação jurisdicional evolua?**

**Ophir Cavalcante** – A Emenda 45, de 2004, proporcionou vários mecanismos com vistas a desafogar o Judiciário, sem contar aqueles que evoluíram a seguir, como a uniformidade de julgamento nos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e recomendações emanadas do Conselho Nacional de Justiça. Não obstante, surgiu a ideia da PEC dos recursos que, a nosso ver, é falaciosa na medida em que tenta pôr nas costas dos advogados a responsabilidade pela morosidade da Justiça. Simples assim: se a Justiça não anda, a culpa é dos advogados que recorrem. Ora, o recurso não é uma barganha, é um instrumento legítimo e constitucional. Para se estabelecer o contraditório, é necessária a defesa, e, sem a defesa, não há Justiça. Não podemos admitir que o preço das deficiências do Judiciário recaia sobre o cidadão.

**O que o senhor achou do afastamento do juiz Paulo Augusto Moreira Lima do processo contra Carlinhos Cachoeira por ter sofrido ameaças? O senhor acredita que o crime organizado, hoje, ameaça as instituições no Brasil?**

**Ophir Cavalcante** – Magistrados, membros do Ministério Público e advogados vivem constantemente sofrendo

ameaças. Isto é intolerável. Não podemos transigir, sendo mesmo necessário, em alguns tribunais, dobrar a segurança e adotar as devidas cautelas. Mas daí imaginar que o crime organizado está intimidando as instituições é dar a ele uma força que não tem. As instituições públicas são mais fortes e continuarão assim.

**Como o senhor avalia a instalação do processo eletrônico no Judiciário brasileiro? Ele está caminhando a contento?**

**Ophir Cavalcante** – A OAB sempre foi entusiasta do processo eletrônico, pois se trata de uma evolução natural, uma realidade de um mundo em que a conectividade de informações passou a integrar nosso vocabulário. Mesmo assim, sua implementação no Judiciário tem nos preocupado na medida em que constatamos problemas de ordem técnica em nossas próprias telecomunicações. Parece prosaico, mas é real: em algumas cidades brasileiras, num mesmo bairro, há problemas de conexão de internet, dependendo das linhas telefônicas. Agora imagine no interior do país, onde nem existe banda larga. Não podemos imaginar a implantação linear do processo eletrônico em todo o país sem que não haja problemas. O que a Ordem quer é que o passo seja dado de acordo com a nossa realidade e não algo que venha a ser imposto a partir do pensamento de alguns tecnocratas que dão suporte aos Tribunais de Justiça, senão estaremos criando um apartheid tecnológico.

**O Brasil acaba de realizar a primeira eleição após a aprovação da Lei da Ficha Limpa. O senhor acredita na aplicação da lei pela Justiça?**

**Ophir Cavalcante** – Sim. Isto, inclusive, ficou comprovado com a rejeição, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de centenas de candidaturas que não atendiam aos requisitos da lei. Para felicidade geral da nação, a lei já pegou, não é letra morta, pois advém de milhões de brasileiros que se mobilizaram para exigir mais responsabilidade dos partidos e dos políticos.

## **Como a OAB avalia o julgamento do mensalão?**

**Ophir Cavalcante** – Para a OAB, o mais importante é que esse julgamento, revestido de forte simbologia para as práticas políticas, se processou dentro do marco do Estado democrático de Direito, no qual foi assegurado o amplo direito de defesa e do contraditório. Mais importante: que as leis devem ser aplicadas sem distinção, elas valem para todos.

**A OAB é uma entidade de classe que historicamente se posiciona em temas relevantes não apenas para a advocacia, mas também para a sociedade brasileira, das Diretas ao mensalão, das prerrogativas profissionais ao crime organizado. Como o senhor definiria atualmente o papel e a relevância da Ordem?**

**Ophir Cavalcante** – Para atuar dessa forma, a Ordem se apresenta como instituição política, mas não partidária. Política porque busca participar da agenda nacional apresentando seus pontos de vista e críticas, que nem sempre conseguem a simpatia das autoridades. São posições voltadas sobretudo para a defesa do interesse público. A OAB age desse modo porque traz consigo a independência que caracteriza o próprio exercício da advocacia. E se torna muito importante para a sociedade na medida em que está legitimada pela Constituição a exercer o controle abstrato das leis por intermédio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O entusiasmo e a combatividade de nossa instituição na defesa desses postulados, que de forma alguma exclui a atenção que devemos dar aos problemas relativos ao exercício da profissão, é o que tem atraído a simpatia da sociedade civil a nosso favor. É o que tem nos legitimado a representá-la sempre que está em causa o interesse da cidadania.

**A certificação digital é uma cruzada que vem sendo enfrentada pela OAB em todo o país no sentido de adequar advogados de gerações muito diferentes, com práticas já consolidadas, ao novo modelo de peticionamento eletrônico. Pode-se afirmar que o**

**processo judicial eletrônico representa uma mudança de paradigma na Justiça Brasileira? Qual a expectativa da classe em torno dessa mudança?**

**Ophir Cavalcante** – A certificação eletrônica é um passo comparado à substituição da máquina de escrever, que ainda é recente, pelo computador móvel. O papel, no mundo virtual, não tem a relevância que tinha no passado, e a tendência, por incrível que pareça, é mesmo se tornar uma lembrança. No entanto, em um país como o nosso, não há como deixar de manifestar preocupação com aqueles que não têm acesso aos modernos meios de conectividade. A Defensoria Pública, por exemplo, ainda padece de problemas crônicos por falta de recursos, prejudicando uma parcela da população que não tem acesso à Justiça. Então, esse é um tema sobre o qual precisamos refletir bastante e cobrar do Estado não apenas recursos, mas condições para que esse acesso seja universal.

## **Que marca o senhor pretende deixar na Ordem?**

**Ophir Cavalcante** – Tivemos uma gestão bastante produtiva, principalmente naquilo que nos propusemos a trabalhar, de fortalecimento da instituição e de valorização da advocacia. Para mim, em especial, é uma honra representar os advogados brasileiros e defender uma Justiça efetivamente independente, livre de quaisquer amarras. Uma Justiça sem dono, mas acima de tudo cidadã.

# NOTAS SOBRE A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

**Alexandre Freitas Câmara<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Desembargador no TJRJ. Professor e Coordenador de direito processual civil na EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Membro do IBDP, do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal e da International Association of Procedural Law.

## 1. O PROCESSO DE CONHECIMENTO E SEU FIM NORMAL.

O processo jurisdicional, instrumento através do qual o Estado realiza sua missão de prestar jurisdição, tem por objetivo principal a realização dos direitos e interesses subjetivos, individuais ou transindividuais. Como já se disse em superior doutrina, o processo deve ser capaz de dar a quem tenha um direito, na medida do que seja possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tenha o direito de conseguir<sup>1</sup>. O processo jurisdicional tem por fim, então, a satisfação dos direitos<sup>2</sup>.

Essa finalidade do processo pode ser alcançada de duas distintas maneiras: através da afirmação da existência do direito ou através de uma transformação da realidade prática. No primeiro caso, em que se busca a obtenção de um pronunciamento acerca da existência do direito como ato suficiente à satisfação do direito, tem-se aquilo que costuma ser chamado de “processo de conhecimento”. É o que acontece, por exemplo, no caso em que se postula o reconhecimento de uma paternidade. Nessa hipótese, bastará ao autor obter um pronunciamento judicial que afirme que o réu é seu pai para que esteja satisfeito o seu direito.

Em outros casos, a satisfação do direito exige uma transformação efetiva da realidade. É o que se tem, por

exemplo, no caso em que o demandante é credor de uma quantia em dinheiro e o demandado se recusa a efetuar o pagamento. Nessa hipótese, o Estado-juiz terá de extrair bens do patrimônio do devedor e através desses bens – empregados direta ou indiretamente para esse fim – obter os meios para a satisfação do crédito do demandante. Tem-se, neste caso, o assim chamado “processo de execução”.

Há, por fim, casos em que se impõe a realização de ambas as atividades. São aqueles casos em que a realização do direito material exige primeiro a certificação de sua existência para, em seguida, transformar-se a realidade prática, de modo a se realizar de modo efetivo o direito substancial. Nesses casos, ter-se-á um processo sincrético, assim chamado aquele que se desenvolve em duas fases distintas, uma de conhecimento e outra de execução (esta conhecida, no direito processual brasileiro, como “cumprimento de sentença”).

O processo de conhecimento e a fase de conhecimento do processo sincrético desenvolvem-se rigorosamente da mesma maneira<sup>4</sup>. Assim, tudo quanto aqui se disser acerca do processo de conhecimento valerá, também, para a fase cognitiva do processo sincrético. Para facilitar a exposição, porém, falar-se-á aqui, tão somente, em processo de conhecimento.

Pois o processo de conhecimento é, então, aquele que tem por fim a obtenção de uma sentença<sup>5</sup>. E essa sentença será, normalmente, uma sentença sobre o mérito da causa. Daí dizer-se, então, que o fim normal do processo se dá pela emissão de uma sentença<sup>5</sup> de mérito (ou, como também se costuma dizer, por uma sentença definitiva). Casos há, porém, em que se deve pôr termo ao processo de conhecimento sem que se emita um provimento sobre o mérito. São aqueles casos em que falta algum requisito de admissibilidade do exame do mérito, como os pressupostos processuais ou as “condições da ação”. Nessas hipóteses (previstas no art. 267 do Código de Processo Civil de 1973), ter-se-á a extinção anômala do processo de conhecimento<sup>6</sup>.

O objeto deste breve estudo é o exame das

2. Giuseppe Chiovenda, “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I. Milão: Giuffrè, 1937, p. 110.

3. O regime processual instaurado pelo CPC brasileiro de 1973 conhece um outro tipo de processo jurisdicional, cuja finalidade não é satisfazer o direito, mas assegurar sua futura satisfação: o processo cautelar. Não há qualquer razão, porém, que justifique a existência do processo cautelar como instituto autônomo. A tutela cautelar deve ser, sempre, deferida no próprio processo cuja efetividade se quer proteger, e é nesta linha que caminha o projeto de novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que propõe a abolição do processo cautelar autônomo, assegurado ao juiz o poder de conceder medidas cautelares no próprio processo cuja efetividade se pretende assegurar.

4. O mesmo não se pode dizer do desenvolvimento do processo de execução e da fase

de execução do processo sincrético (ou, vá lá, fase de cumprimento de sentença), que observam procedimentos bastante diferentes. Basta dizer, para demonstrar o acerto do que acaba de ser dito, que no processo de execução por quantia certa o executado é instado a pagar no prazo de três dias, enquanto na fase de execução de sentença esse prazo é de quinze dias.

5. Com superior maestria pronunciou-se Jaime Guasp: “El proceso de cognición es, característicamente, el que tiende a obtener una sentencia del Juez” (*Derecho procesal civil*, t. I. Madrid: Civitas, 4ª ed., 1998, p. 559).

6. Egas Dirceu Moniz de Aragão fala, nesses casos, em “extinção anormal do processo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., 2004, p. 414).

hipóteses em que o processo de conhecimento é encerrado com a emissão de um provimento que resolve o mérito da causa (hipóteses essas que estão enumeradas no art. 269 do Código de Processo Civil de 1973). Mas para isso é preciso, primeiro, definir-se o conceito de mérito. Em seguida, tratar-se-á dos conceitos de *resolução* do mérito e de *juízo* do mérito, o que é absolutamente necessário para a compreensão da atual redação dos artigos de lei que tratam da matéria. Só depois disso é que serão examinadas as hipóteses em que há resolução do mérito.

## 2. O CONCEITO DE MÉRITO.

Tema dos mais árdios de toda a ciência processual é a definição do conceito de mérito. Este é, no entanto, um ponto do qual não se pode fugir, sob pena de ficarem sem explicação adequada diversos pontos do direito processual civil.

Veja-se, por exemplo, que as sentenças de mérito alcançam a autoridade de coisa julgada material, o que não acontece com as sentenças meramente terminativas. Do mesmo modo, a sentença de mérito pode ser impugnada por ação rescisória, o que não acontece com a sentença terminativa. De outro lado, a sentença de mérito, quando reformada por decisão não unânime em grau de apelação pode levar ao cabimento de embargos infringentes, o que não acontecerá se a sentença for terminativa, não resolvendo o mérito da causa. Por estes três exemplos, que integram uma lista bastante mais extensa, já se pode verificar a relevância da determinação do que seja o mérito da causa.

Tenho, desde sempre, sustentado que se deve entender por mérito da causa (ou *objeto do processo*, expressão mais técnica, mas que não afasta o uso daquela outra, mais tradicional, e que se encontra no texto expresso da lei processual brasileira em atendimento a milênios de tradição jurídica) a *pretensão processual deduzida em juízo*<sup>7</sup>.

O conceito de pretensão que aqui se adota é o puramente processual, que a trata como a intenção de submeter o interesse alheio ao próprio. Como ensinou um dos maiores processualistas de todas as épocas, “quando uma das partes afirma contra a outra que lhe compete, em um conflito de interesses, a proteção do direito, esta propõe contra a outra uma pretensão<sup>8</sup>”. E, mais adiante, prossegue ensinando que “a pretensão é, assim, bem distinta do direito subjetivo. Esta não é o direito, mas a opinião sobre o direito”, completando-se com a afirmação de que ela não é “apenas opinião, mas afirmação do direito, e essa afirmação se diz não já só para exprimir a

opinião afirmativa ou positiva, mas a vontade de que o direito seja reconhecido pelo adversário<sup>9</sup>”.

A mais autorizada doutrina estrangeira afirma que se deve entender “por pretensão processual uma exigência do autor, um atuar ou um fazer”, afirmando em seguida que o objeto do processo deve identificar-se com a pretensão processual<sup>10</sup>. E na doutrina brasileira há, sobre o ponto, insuperável lição que, não obstante longa, merece ser transcrita<sup>11</sup>:

*“Mérito, meritum, provém do verbo latino mereo (mere-re), que, entre outros significados, tem o de pedir, pôr preço; tal é a mesma origem de meretriz e aqui também há a ideia do preço, exigência. Daí se entende que meritum causæ (ou, na forma plural que entre os mais antigos era preferida, merita causæ) é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir. O mérito, portanto, etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame.*

*“Ora, a partir das inovações trazidas por Carnelutti, a ciência do processo vai aceitando que a pretensão à satisfação de um interesse outra coisa não é que a exigência de subordinação de um interesse alheio. Quem pretende, manifestando exteriormente sua exigência, quer impelir o outro a uma conduta apta à satisfação desta ou quer, de alguma forma, obter o bem da vida ou situação jurídica que a satisfaça. Mais do que isso: falhando todas as demais tentativas de determinação do conceito de mérito (relação litigiosa, lide) e não sendo ele coincidente com as questões do mérito, a indicação da pretensão tem sido vitoriosa em doutrina e é satisfatória. É ela que constitui o elemento substancial da demanda, seu conteúdo socialmente relevante. Não há dúvida de que, como ato do processo, a demanda desempenha papel relevantíssimo ao romper a inércia imposta aos órgãos jurisdicionais (nemo iudex sine actore). Ela não passa disso, porém, e não devemos ceder à ilusão do continente, desconsiderando seu conteúdo substancial.*

*“Em parte anterior, procurei expor como se comporta o demandante em juízo, dando dupla direção à pretensão que ostenta, para exigir do juiz o provimento que lhe seja útil e para acabar obtendo o bem da vida pretendido. Pois a pretensão que a pessoa vem expor ao juiz, sendo uma exigência, por isso mesmo vem ao encontro do conceito de mérito, o qual, como procurei demonstrar mediante substratos etimológicos, também é uma exigência.*

*Por tudo quanto foi dito nos itens precedentes, fica portanto a certeza de que é a pretensão que consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida de fora do processo. O ato jurisdicional cumpre o escopo social do processo, ao remover as incertezas representadas pelas pretensões insatisfeitas”.*

7. Assim já me manifestei em Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª ed., 2011, pp. 229-230.

8. Francesco Carnelutti, Lezioni di diritto processuale civile, vol. 2. Pádua: Cedam, reimpressão da edição de 1926, 1986, p. 299.

9. Idem, ibidem.

10. Karl Heinz Schwab, El objeto litigioso en el proceso civil. Trad. esp. de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968, p. 244.

11. Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno, vol. I. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, pp.254-255.

Objeto do processo (ou, em outros termos, mérito da causa) é, portanto, a pretensão deduzida pelo demandante em juízo. E essa pretensão, entendida como uma manifestação de vontade de obter um certo pronunciamento judicial (e o bem da vida que tal pronunciamento será capaz de proporcionar), é veiculada em juízo através do pedido, elemento constitutivo da demanda. Assim, é pela leitura da petição inicial, instrumento da demanda, que se consegue determinar qual é a pretensão manifestada pelo demandante e, por conseguinte, o objeto do processo, o mérito da causa.

Definido que o mérito da causa será, sempre, a pretensão processual, impõe-se recordar que há casos em que tal objeto não será apreciado pelo órgão jurisdicional, diante da incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 267 do Código de Processo Civil (de 1973). Impõe-se, aqui, porém, uma observação relevante.

Como regra, tendo ocorrido qualquer das hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, não pode este ser apreciado<sup>12</sup>. Em alguns casos, porém, a solução não é tão simples assim. É que existem algumas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito estabelecidas para tutela do próprio sistema processual, enquanto outras são criadas para proteção específica das partes do processo.

Explique-se melhor este ponto. Entre os casos de extinção do processo sem resolução do mérito, alguns existem que foram estabelecidos por lei para preservar a higidez do sistema processual. É o que se dá, por exemplo, com a hipótese conhecida como “carência de ação”, consistente na ausência de alguma das “condições da ação” (art. 267, VI). Nesse caso, a extinção do processo se dá para preservação do próprio sistema, que não seria eficiente se ficasse o juiz autorizado a prover sobre o mérito entre pessoas que não deveriam estar sequer presentes na demanda (falta de legitimidade), se prolatasse decisões de mérito inúteis (falta de interesse) ou se proovesse sobre o mérito diante de demandas expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico (falta de possibilidade jurídica).

Pense-se, e.g., no caso de alguém ir a juízo postular o reconhecimento da existência de uma relação jurídica de que expressamente afirma não ser titular, ou de o fazer em face de alguém que, segundo as afirmações contidas na petição inicial, não seria sujeito da referida

relação (hipóteses em que faltaria legitimidade das partes). Em um caso assim, nenhuma utilidade haveria no pronunciamento judicial que afirmasse a existência ou inexistência da relação, já que tal pronunciamento não seria oponível aos verdadeiros titulares dos interesses em disputa. O mesmo se daria no caso de se postular em juízo, por exemplo, a mera declaração de que houve um vício de consentimento na anulação de um contrato sem sua invalidação, já que tal provimento seria despido de qualquer utilidade prática e, portanto, não haveria interesse de agir. Por fim, no caso de alguém postular o reconhecimento de que adquiriu, por usucapião, a propriedade de terras públicas, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em todos esses casos, admitir a emissão de um pronunciamento sobre o mérito levaria o Estado a ter de desenvolver atividade processual que não poderia ser considerada eficiente, o que deve ser combatido a todo custo. Afinal, também para a atividade de prestação jurisdicional exige-se a observância do princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição da República<sup>13</sup>.

Em outros casos previstos no art. 267 do Código de Processo Civil, porém, a previsão de extinção do processo sem resolução do mérito dá-se para tutela de interesses das próprias partes. É o que se tem, por exemplo, no caso de faltar ao autor capacidade postulatória, elemento integrante dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV). A necessidade de que o autor se faça representar por advogado é posta pelo sistema em favor do próprio autor que, atuando sem habilitação específica, correria o risco de sucumbir no processo mesmo tendo razão. Tal risco é, certamente, atenuado pela presença de um profissional habilitado<sup>14</sup>. Imagine-se, agora, que o autor esteja sem advogado regularmente constituído e, ainda assim, o juiz verifique que pode julgar o mérito em seu favor. Ora, nesse caso nenhum prejuízo haveria para aquele que a norma processual quis proteger e, portanto, não se justifica a extinção do processo sem resolução do mérito<sup>15</sup>.

Assim, é preciso reconhecer que em alguns casos será possível resolver o mérito da causa ainda que, em tese, houvesse fundamento para sua extinção por sentença meramente terminativa, o que é perfeitamente compatível com a visão instrumentalista do processo que

12. José Carlos Barbosa Moreira, “Aspectos da ‘extinção do processo’ conforme o art. 329 do CPC”, in José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual – Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 92.

13. Há em doutrina quem expressamente reconheça que os princípios constitucionais da Administração Pública se aplicam, também, aos órgãos de administração da justiça. Neste sentido, confira-se Bruno Capponi, *La legge processuale civile – fonti interne e comunitarie (applicazione e vicende)*. Turim: G. Giappichelli, 2ª ed., 2004, p. 13, com apoio em decisões da Corte Constitucional da Itália proferidas em 7.5.1982 e 19.1.1989.

14. É pressuposto processual de validade a representação do autor por advogado, mas não a do réu. Isto porque no caso de o réu não ter constituído advogado será ele considerado revel, não havendo qualquer obstáculo à resolução do mérito da causa nessa hipótese.

15. Sobre o ponto, consulte-se José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., pp. 197-202. Já tive oportunidade de ser relator de uma apelação em que se decidiu exatamente nesses termos: “Direito processual civil. Pressuposto processual de validade. Capacidade postulatória do autor. Vício de representação que não foi sanado, não obstante o fato de ter sido o autor intimado a fazê-lo. Sentença de procedência do pedido. Admissibilidade. É compatível com a mais moderna doutrina do direito processual civil, fundada na instrumentalidade do processo, o julgamento de procedência do pedido formulado por autor que não preenche o pressuposto da capacidade postulatória, já que tal pressuposto foi criado para proteger o autor, não se podendo admitir o pronunciamento do vício quando a sentença pode lhe ser favorável. Recurso liminarmente rejeitado” (TJRJ, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, Ap. civ. 0074003-08.2006.8.19.0002, v.u., j. em 4.11.2010).

necessariamente se deve ter na atualidade.

### 3. RESOLUÇÃO E JULGAMENTO DO MÉRITO.

Em suas redações originais, tanto o art. 267 como o art. 269 do Código de Processo Civil falavam em “julgamento do mérito” para se referir aos casos em que se alcançaria ou não o fim normal do processo. Posteriormente, e por força de uma das (inúmeras) leis de reforma do CPC de 1973, essa redação foi alterada para que ali se passasse a falar em “resolução do mérito”, e não mais em seu julgamento. É preciso examinar essa alteração, que aperfeiçoou a terminologia da lei processual brasileira.

Julgar, como se sabe, é decidir. E decidir é emitir um juízo de valor acerca de algo. Ocorre que dentre as hipóteses previstas nos incisos do art. 269 do Código de Processo Civil há três em que o juiz não emite qualquer juízo de valor, limitando-se a homologar um ato processual de autocomposição praticado pelas partes. São os casos previstos nos incisos II, III e V (reconhecimento do pedido, transação e renúncia). Nesses casos o juiz não julga o mérito, já que não emite qualquer juízo de valor acerca da pretensão deduzida pelo demandante.

Já nos demais casos (incisos I e IV) há efetivo julgamento do mérito. Mas apesar dessa diferença, o certo é que existe um elemento comum a todos os casos previstos no art. 269 do CPC, e que os distingue daqueles outros enumerados no art. 267: é que em todos os casos previstos no art. 269 é dada uma solução ao mérito da causa, seja por intermédio de um julgamento (incisos I e IV), seja através da homologação da autocomposição (incisos II, III e V). em todos esses casos, portanto, o mérito da causa é solucionado, isto é, resolvido. Há, portanto, resolução do mérito. E o mesmo não acontece nos casos previstos no art. 267, em que o processo se encerra sem que se dê uma solução ao mérito.

A terminologia agora adotada pelo Código de Processo Civil já era a proposta, bastante antes da alteração legislativa, por importante processualista gaúcho<sup>16</sup>, em proposição doutrinária que também eu sustentava desde 1998.<sup>17</sup>

Assim, é preciso ter claro que em todos os casos do art. 269 (mas não naqueles do art. 267) o mérito da causa é resolvido, solucionado, definido. Em alguns desses casos a resolução do mérito se dá através da emissão, pelo juiz, de um juízo de valor acerca da pretensão deduzida pelo demandante. Nesses casos (incisos I e IV) haverá efetivamente um julgamento do mérito. Nos demais casos o juiz não emite juízo de valor acerca da pretensão e, portanto, não julga o mérito, mas este é resolvido pelo ato de autocomposição praticado pelas partes, o qual é

homologado pelo órgão jurisdicional, solucionando-se, também, o mérito.

Assim, sendo certo que em todos os casos previstos no art. 269 do CPC haverá a resolução do mérito, impende examinar que casos são esses. É o que se passa a fazer.

### 4. O JULGAMENTO DO PEDIDO.

O primeiro caso de extinção do processo de conhecimento com resolução do mérito se encontra no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, segundo o qual tal resolução ocorrerá “quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”.

Este é o caso em que haverá o julgamento do mérito, isto é, o juiz emitirá um juízo de valor acerca da pretensão deduzida, para o fim de afirmar fundada ou infundada. No primeiro caso, diz-se que a pretensão é procedente. No segundo, ela é improcedente.

É costume falar-se em procedência e em improcedência do pedido. Esta é terminologia bastante aceitável. Afinal, a pretensão é deduzida em juízo através do pedido (entendido este como o ato pelo qual se declara em juízo a pretensão, e que se configura como um dos elementos identificadores da demanda). Julgar o pedido, portanto, nada mais é do que julgar a pretensão que ele veicula. O que não se deve admitir é o uso – bastante frequente, mas equivocado – das expressões “procedência da ação” e “improcedência da ação”. A ação, entendida como poder jurídico abstrato, cuja existência independe de ter o demandante razão ou não, jamais é improcedente. A pretensão, esta sim, pode ser infundada e, portanto, improcedente.

Não obstante seja a mais importante dentre todas as hipóteses de extinção do processo de conhecimento com resolução do mérito, o julgamento do pedido é, sem qualquer dúvida, o mais simples dentre todos os casos elencados no art. 269 do CPC, não havendo mesmo muito o que se dizer acerca dele.

### 5. RECONHECIMENTO DO PEDIDO E SUA HOMOLOGAÇÃO.

Segundo caso de extinção do processo com resolução do mérito é aquele em que o réu reconhece a procedência do pedido formulado pelo autor. É este o primeiro dos casos, descritos pelo Código de Processo Civil, de autocomposição dos interesses das partes.

Trata-se aqui do que, em superior sede doutrinária, foi descrito como uma atitude altruísta daquele que, em um litígio, está sendo atacado.<sup>18</sup> O demandado, uma vez

16. Adroaldo Furtado Fabrício, “Extinção do processo e mérito da causa”, in Saneamento do processo – estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 21.

17. Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª ed., 2011, p. 297, onde se faz expressa referência ao fato de que esta era a terminologia que já se considerava correta desde a primeira edição da obra, datada de 1998.

citado, em vez de opor-se à pretensão do demandante, a ela adere,<sup>19</sup> admitindo a procedência da pretensão deduzida pelo demandante.

Já se afirmou em obra que tratou do tema ex professo que “reconhecimento jurídico do pedido é o ato unilateral através do qual o réu reconhece, total ou parcialmente, a juridicidade da pretensão contra ele formulada pelo autor, possibilitando a extinção do processo com julgamento do mérito”.<sup>20</sup>

Não se confunde o reconhecimento do pedido, ato privativo do demandado, com a confissão, entendida esta como a admissão, que qualquer das partes pode fazer, da veracidade de um fato que lhe seja desfavorável, sendo favorável à parte contrária.<sup>21</sup>

A primeira diferença entre o reconhecimento do pedido e a confissão está em que aquele é ato privativo do demandado, enquanto esta pode ser praticada por qualquer das partes. A outra diferença está em que a confissão se manifesta no plano dos fatos, levando tão somente à admissão, como verdadeiro, de um fato, enquanto o reconhecimento se dá no plano dos direitos, já que através dele o demandado reconhece que a pretensão do demandante é fundada. Consequência disso é que a confissão não leva, necessariamente, a que se decida contrariamente ao confitente (já que a veracidade do fato por ele admitido pode não ser suficiente para o acolhimento da pretensão contra ele deduzida), enquanto o reconhecimento da procedência do pedido leva, inexoravelmente, à prolação de sentença contrária aos interesses do demandado.

É que o reconhecimento do pedido impõe uma limitação ao poder do juiz de exercer seu livre convencimento sobre a causa.<sup>22</sup> Não se trata, evidentemente, de uma limitação absoluta, já que o juiz continua com o poder de examinar todas as questões cognoscíveis de ofício (podendo, inclusive, e se for o caso, extinguir o processo sem resolução do mérito). Mas ao chegar ao momento oportuno para apreciar o mérito da causa, não poderá o juiz emitir sobre ele qualquer juízo de valor, limitando-se a verificar a validade e a eficácia do

reconhecimento (que depende, evidentemente, de ser capaz o demandado – além de, no caso de ter sido o ato praticado por procurador, ter ele poderes especiais para reconhecer a procedência do pedido, nos termos do art. 38 do CPC – e ser disponível o direito material, já que não pode haver reconhecimento quando verse a causa sobre direito indisponível). Válido e eficaz o reconhecimento, deve o juiz limitar-se a homologar o ato da parte, e a sentença, então, equivalerá, para todos os efeitos, a uma sentença de procedência do pedido formulado pelo demandante.<sup>23</sup>

## 6. TRANSAÇÃO E SUA HOMOLOGAÇÃO.

Segunda hipótese de autocomposição prevista no art. 269 é a transação que, uma vez realizada, deverá ser também homologada por sentença, a qual porá fim ao processo de conhecimento com resolução do mérito.

A transação é, segundo definição contida no art. 1.965 do Código Civil italiano, “o contrato com o qual as partes, fazendo-se recíprocas concessões, põem fim a uma lide já instaurada ou previnem uma lide que pode surgir entre elas”, definição esta que conta com o aplauso da doutrina mais especializada.<sup>24</sup>

Trata-se a transação de contrato bilateral, oneroso, comutativo e formal,<sup>25</sup> mediante o qual as partes, mediante concessões mútuas, encerram um litígio ou o previnem.<sup>26</sup> Sua nota essencial está, pois, nas recíprocas concessões que os transatores fazem, de modo a aproximar seus interesses, compondo-os.

A transação, como visto, pode ter caráter preventivo, sendo celebrada para evitar um litígio, caso em que será celebrada sem que haja processo judicial em curso. Neste caso, admite a lei processual brasileira que as partes instaurem um processo de jurisdição voluntária cujo objeto é sua homologação, caso em que a sentença homologatória terá eficácia de título executivo judicial (art. 475-N, V, do Código de Processo Civil).<sup>27</sup> Podem também as partes optar por buscar apenas o referendo da transação por advogados, pelo Ministério Público ou pela

18. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 2ª ed., 1970, p. 80.

19. Fala Carnelutti que pelo reconhecimento (assim como se dá, também, no caso de renúncia) uma das partes se adapta totalmente à exigência da outra (Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, vol. 1. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997, p. 112).

20. Clito Fornaciari Júnior, *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: RT, 1977, p. 7.

21. Sobre a definição de confissão, entendida esta como uma contra se pronuntiatio, Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*. Turim: UTET, 3ª ed., 2010, pp. 677-678.

22. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. Trad. bras. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1969, p. 355. É importante perceber, porém, que o grande mestre italiano afirmava, expressamente, que “o simples fato do reconhecimento, porém, não confere ao autor o direito de obter sentença favorável: o juiz conserva-se livre para examinar se existe norma abstrata aplicável ao caso, se a causa do contrato é lícita, se ficou provado um interesse de agir. . .” (idem, p. 356).

23. Já tive oportunidade de enfrentar essa limitação ao poder do juiz em decisão monocrática proferida em sede de apelação: TJRJ, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, Ap. civ. 0002145-59.2007.8.19.0202, j. em 10.1.2011, assim ementada: “Direito processual

civil. Demanda de consignação de chaves de imóvel. Réu que, em sua resposta, afirma nada ter a opor à entrega da chave. Reconhecimento da procedência do pedido. Ato processual determinante do resultado do processo, não podendo o juízo emitir juízo de valor sobre a procedência ou improcedência da pretensão do demandante. Réu que apela contra a sentença que acolheu o reconhecimento por ele legitimamente manifestado. Preclusão lógica. Recurso que não se admite”.

24. Francesco Santoro-Passarelli, *La transazione*. Nápoles: Jovene, 2ª tiragem, 1963, p. 4.

25. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 656.

26. Ambrose Colin e Henri Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, t. IV. Trad. esp. pela Redação da Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madri: Reus, 3ª ed., 1955, p. 986.

27. Sobre a natureza voluntária desse processo de homologação da transação extrajudicial consulte-se Leonardo Greco, *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 124-127.

Defensoria Pública, caso em que ela adquirirá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 585, II, in fine, do CPC).

Mais frequente, porém, é que seja celebrada transação quando há um processo de conhecimento em curso. É de dessa hipótese que trata, especificamente, o art. 269, III, do CPC.

Celebrada a transação, surge – assim como no reconhecimento do pedido – uma limitação ao poder do juiz. Trata-se, na verdade, de fenômeno que se dá em qualquer caso de autocomposição (e, portanto, vai se repetir no caso de renúncia à pretensão): o juiz continua livre para examinar se estão ou não presentes os requisitos de admissibilidade do pronunciamento do mérito (e, se for o caso, poderá o processo ser extinto sem sua resolução) mas, ultrapassado esse plano, e se chegando ao exame do mérito, só caberá ao juiz verificar se estão presentes os requisitos de validade e eficácia do contrato de transação. Presentes tais requisitos, deverá a transação ser homologada por sentença.<sup>28</sup>

A sentença que homologa a transação equivale, perfeitamente, a uma sentença de procedência parcial da pretensão do demandante (já que, em razão das concessões mútuas, só conseguirá ele obter parte daquilo que originariamente pretendia obter).

## 7. RENÚNCIA À PRETENSÃO E SUA HOMOLOGAÇÃO.

A hipótese prevista no inciso V do art. 269 é, pode-se dizer, o inverso do reconhecimento do pedido. Trata-se, aqui, do ato pelo qual o demandante abre mão de sua pretensão, o que levará a uma sentença equivalente à de improcedência do pedido. De tal ato decorrem aquelas mesmas limitações ao poder do juiz que se manifestam em quaisquer casos de autocomposição, e sendo cabível a resolução do mérito deverá o juiz, tão somente, homologar a renúncia.

Importante aqui, porém, é afirmar o equívoco conceptual contido no texto do inciso V do art. 269. É que ali se fala em renúncia ao direito sobre o qual a ação se funda. E isso não pode ser literalmente interpretado.

Em primeiro lugar, é equivocada afirmar que a ação se funda sobre algum direito. Como se sabe, é vitoriosa uma concepção acerca da ação conhecida como

“abstrata”, por força da qual se afirma que o poder de ação existe mesmo que não exista o direito material afirmado pelo demandante.<sup>29</sup> Ora, se a ação existe mesmo quando não está presente o direito material, não se poderia aceitar que é sobre este que aquela “se funda”.

Além disso, é inaceitável a afirmação de que haveria, no processo, renúncia ao direito. Afinal, sendo abstrata a ação, pode não haver o direito, e não se pode renunciar àquilo que não se tem. Assim sendo, toda vez que o demandante manifestasse sua renúncia, seria preciso que o juiz continuasse a buscar se convencer de sua existência ou inexistência para, concluindo pela existência do direito material, aí sim admitir a renúncia (o que tornaria toda sua atividade inútil, pois se concluísse pela inexistência o pronunciamento seria de improcedência, e o demandante sucumbiria de qualquer maneira).

Tentando justificar a desnecessidade de prosseguir com o exame da existência ou inexistência do direito em tal caso, importante jurista chegou a afirmar que a renúncia seria um “negócio jurídico eventual”, pois existiria e produziria efeitos na medida em que exista o direito a que se refere.<sup>30</sup> Nada disso, porém, é necessário para explicar o fenômeno de que aqui se trata. É que, na verdade, não se renuncia ao direito (que talvez nem mesmo exista), mas à pretensão (processual).<sup>31</sup>

Em outros termos, o que prevê o inciso V do art. 269 do Código de Processo Civil é a hipótese em que o demandante, tendo manifestado em juízo sua pretensão (isto é, sua intenção de ver o seu interesse prevalecer sobre o do demandado), disto abre mão definitivamente. Renuncia ele à pretensão, o que leva o juiz a proferir sentença que, ao homologar o ato do demandante, equivale a uma sentença de improcedência daquela pretensão.<sup>32</sup>

## 8. O ESPECIAL CASO DO RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

Estabelece o inciso IV (deixado para ser examinado em último lugar de propósito) que haverá resolução do mérito quando o juiz reconhecer a prescrição ou a decadência. Não é este o lugar apropriado para tratar desses dois conceitos, que a rigor nem mesmo pertencem ao direito processual civil, mas ao direito material. Não se

28. Também sobre este ponto já tive oportunidade de me manifestar em acórdão de que fui relator. Confira-se: “Direito Civil e Processual Civil. Demanda de reintegração de posse, na qual o autor e a primeira ré são usufrutuários e o segundo réu proprietário do imóvel. Acordo firmado entre as partes que não foi homologado pelo juízo de primeiro grau sob alegação de que os termos do acordo não estão claros. Error in iudicando. Requisitos da transação devidamente preenchidos. Questão que trata de direito patrimonial disponível. Ausência de vício no acordo efetuado pelas partes, que estavam devidamente assistidas por seus procuradores. Presentes os requisitos da transação, não pode o juízo se recusar a homologá-lo. Reforma da decisão com a homologação da transação celebrada entre as partes, julgando extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. Recurso provido” (TJRJ, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, Ap. civ.

0001818-69.2006.8.19.0002, v.u., j. em 6.7.2011).

29. Desnecessário alongar as citações sobre o ponto. Seja, então, permitido remeter a Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, vol. I, cit., pp. 113-121.

30. Carmelutti, Instituciones del derecho procesal, vol. I, p. 112.

31. Não é esta a sede adequada para tratar do tema, mas continuo convencido de que o conceito de “pretensão de direito material”, acolhido pelo Código Civil brasileiro, é absolutamente inadequado e não deve ser acolhido. Sobre o ponto, seja permitido remeter a Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, vol. I, cit., pp. 312-313.

32. O que aqui se sustenta encontra apoio na lição do mestre José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 27ª ed., 2008, p. 96;



deve, aqui, sequer buscar determinar a distinção entre esses dois fenômenos. O que importa é, tão somente, examinar a previsão legal de que o reconhecimento da prescrição ou da decadência resolve o mérito da causa.

Diz-se que este é um “caso especial” porque, a rigor, ele sequer precisaria existir, e a revogação desse dispositivo nada alteraria no sistema processual.

É que, na verdade, não se deve encontrar na parte dispositiva da sentença a declaração de que se consumou a prescrição ou a decadência. O reconhecimento de qualquer delas, mais tecnicamente, deve se dar na fundamentação da sentença. E no dispositivo dever-se-á afirmar, apenas, que, por tal motivo, a pretensão do demandante é de ser considerada infundada e, por isso mesmo, improcedente.

Em outros termos, a pronúncia da prescrição ou da decadência é fundamento do julgamento de improcedência do pedido, e nada mais do que isso. Por conseguinte, a hipótese prevista neste inciso IV do art. 269 cabe, sem qualquer esforço, na moldura do inciso I do mesmo dispositivo legal.<sup>33</sup>

Embora em tese desnecessário, tem este inciso IV do art. 269 a vantagem de eliminar qualquer risco de discussão acerca da aptidão da sentença que, fundada em prescrição ou decadência, rejeita o pedido do autor para resolver o mérito da causa.

## 9. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE NOVO CPC.

Encerra-se este breve ensaio com uma rápida referência ao projeto, submetido ao exame do Congresso Nacional, de novo Código de Processo Civil. Registre-se que, no momento em que este texto é escrito (dezembro de 2011), o projeto já foi aprovado no Senado Federal e se encontra na Câmara dos Deputados para análise.<sup>34</sup> Por isso mesmo, as considerações que aqui são feitas tomam por base o texto aprovado no Senado Federal (PLS 166/2010).

Pois o referido projeto trata do tema deste trabalho no seu art. 474, assim redigido:

Art. 474. Haverá resolução do mérito quando:

I – o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor ou o pedido contraposto do réu;

II – o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – as partes transigirem;

IV – o juiz pronunciar, de ofício ou a requerimento, a decadência ou a prescrição;

V – o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

Vê-se que, nesse texto, não há grandes novidades. Reproduz-se, com pequenas modificações de redação que não afetam sua substância, o disposto no art. 269 do CPC de 1973. A maior novidade talvez seja a referência, no inciso I, ao acolhimento ou rejeição do “pedido contraposto do réu”, denominação empregada pelo projeto aprovado no Senado Federal para designar a reconvenção.<sup>35</sup> Mas esta inovação, a rigor, nada acrescenta, já que o réu-reconvinte é demandante, formula pedido, e ocupa, na demanda reconvenicional, posição de autor, motivo pelo qual o acolhimento ou rejeição de sua pretensão resolve, evidentemente, o mérito da reconvenção.

A comissão de juristas que integro, constituída para assessorar a Comissão Especial da Câmara dos Deputados competente para analisar o projeto de lei do novo Código de Processo Civil, propôs uma redação um pouco diferente para este dispositivo. Tal redação é a seguinte:

Art. 474. Haverá resolução do mérito quando for:

I – acolhido ou rejeitado o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II – homologado o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

III – homologada a transação;

IV – pronunciada, de ofício ou a requerimento, a decadência ou a prescrição;

V – homologada a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Como facilmente se observa, a mudança proposta é meramente redacional. Mas alguns pontos são aperfeiçoados por esse texto. Em primeiro lugar, substituiu-se a equivocada expressão “pedido contraposto” pela mais técnica “reconvenção”. Além disso, deixa-se claro que nos casos de autocomposição deverá ser proferida uma decisão homologatória do ato. Por fim, corrige-se a redação do inciso referente à renúncia, para deixar claro que esta versa sobre a pretensão.

Espera-se que esta redação seja a acolhida pelo Congresso Nacional, e que o novo Código de Processo Civil evite, quanto a este ponto (e não só quanto a este, claro), discussões estéreis.

33. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 265; José Miguel Garcia Medina, Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2ª tiragem, 2011, p. 253.

34. Trata-se do PL 8.406/2010, para cuja análise a Câmara dos Deputados instituiu uma comissão especial, presidida pelo Deputado Federal Fábio Trad, e que tem como relator geral o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro. Esta comissão especial instituiu, para seu assessoramento, uma comissão de juristas, que tenha a honra de integrar ao lado dos

eminentes processualistas Arruda Alvim, Dorival Pavan, Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo, Marcos Destefenni, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Sérgio Muritiba.

35. Merece registro, aliás, o fato de que esta terminologia, adotada pelo projeto, foi um dos pontos mais criticados pela comunidade acadêmica, e com razão. É de reconvenção que se trata, e não de pedido contraposto.

# A FAMÍLIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A SOCIOAFETIVIDADE COMO SEU VALOR JURÍDICO FUNDAMENTAL.<sup>12</sup>

**Jones Figueiredo Alves<sup>3</sup>**

<sup>3</sup>Desembargador Decano do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, é magistrado de carreira. Assessorou a Comissão Especial de Reforma do Código Civil na Câmara dos Deputados. Tem diversas obras jurídicas publicadas.

## 1. INTRODUÇÃO

**1.1.** Quando, pela vez primeira, o termo “globalização” foi empregado, pelo alemão Theodore Levitt (1983), em referência ao surgimento de um mercado global, como fenômeno de aproximação econômica, no processo dinâmico de integração de trabalho, bens e serviços, tecnologia e capitais, a superar fronteiras, a *antiga aldeia medieval*, feita de um relacionamento primário, vê-se, enfim, transformada em comunidade internacionalizada, nutrida de um determinismo universal.

Antes, as torres das igrejas, fizeram inventar os sinos, na chamada dos fiéis ao culto ou na advertência de avisos, implicando significados de núcleo de informação e de união da cidade, em torno delas. Hoje, a aldeia expandida tem a sua totalidade concebida pela tecnologia de comunicação dos satélites, em sucedâneo dos sinos, a demonstrar uma busca de unidade do gênero humano, onde o homem é situado em uma sociedade global, na sua marcha de história.

Como diria Carlos Drummond de Andrade, um de nossos poetas maiores, o homem cansou de ser eterno e resolveu ser moderno.

Tempo e espaço, técnica e ciência, o conduzem a uma nova realidade fenomênica, onde a globalização o coloca como cidadão do mundo, no ato instantâneo de saber-se protagonista de uma modernidade constituída sem fronteiras.

Bem é dizer, então, que ele integra, a todo rigor, a família humana, uma única família humana, *na casa comum da humanidade*, eixo vertical para a compreensão do tema agora proposto a um brevírio de observações pontuais.

Como o direito está a perceber a família no contexto da globalização, fruto de interpretação das mudanças experimentadas e a justificá-la a partir de modelos novos, é o que importa, de logo, assinalar.

De prêmio, cuide-se que a globalização intenta compreendê-la *como uma só família*. Não obstante esteja essa família global densificada juridicamente em *famílias* - diante da sociedade contemporânea - numa visão pluralista de *famílias institucionalizadas* nas suas variadas espécies. Não obstante, ainda, transcendam a tipologia de entidades familiares clássicas. Isto porque umas se mostram pela necessidade de igualdade de direitos dos que a integram e, sobretudo, porque em simetria de parâmetros de dignidade.

Essa primeira postura reflexiva desafia, portanto, a globalização a servir como instrumento eficaz ao direito, para gizar um *universal normativo* de base que sublinhe, oriente e inspire alicerces jurídicos, a nível global, comprometido os ordenamentos com os novos conceitos de família em alargamento manifesto.

Essa, parece-nos, a visão otimista (e tomista), que é-nos dados perceber, sob os rigores de um tempo mecanicista onde o homem habita perplexidades, em regência de crises, sem perder, porém, o potencial ético de sua humanidade intrínseca.

É ainda na bula de uma globalização que cumpre

1. O artigo é produzido especialmente em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Dabus Maluf, cuja notável contribuição ao pensamento jurídico nacional o coloca como um dos juristas de vanguarda do direito civil brasileiro.

2. O presente artigo tem como principal material de pesquisa as anotações extraídas da palestra “Família e Globalização”, proferida pelo seu autor, em Curso de Outono “Crise e Justiça”, na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, ao lado do Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Lisboa, PT).

pensar um direito de família potencializado por esta, em pontes culturais que, atravessadas, sensibilizam caminhos convergentes a dizer sobre novos paradigmas, que integrem uma perspectiva uniforme de implicações jurídicas da família, contextualizadas em dimensão própria de uma sociedade globalizada.

Mais é dizer: nas variâncias desse tempo, os cânones da época moderna obriga-nos pensar o direito em relação simétrica com os fatos sociais, sempre a apontar vias de superação, concebido de forma compatível a intervir no real, e a encontrar a família, como base de toda estrutura de uma sociedade. Afinal, “*nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social*”.

**1.2.** Em ser assim, impende tratarmos de uma resenha pontual e temática, agenda onde despontem, sobremodo, as relações familiares cuidadas sob vertentes de *universais concretos*.

Quando se cogita de enunciar, principalmente, acerca dos novos modelos de família, da igualdade substancial de gênero, da violência doméstica, da filiação socioafetiva e de questões outras, as fontes de reflexão são informadoras de uma visão homogênea, porque há de assumir expectativas jurígenas de uma sociedade comunitária global, pouco ou nada influenciando costumes ou culturas.

Em menos palavras, dentro de uma nova sociedade globalizante, os sistemas jurídicos tendem a definir linhas de orientação para a disciplina de interesses fundamentais, no trato da família moderna, convergindo para uma evolução jurídica teleologicamente compartilhada.

Não há negar isso: independente de quaisquer aspectos geográficos, culturais e econômicos, a necessidade de o homem conviver, em família, é substancialmente igual, pelo que o direito o encontra, juridicamente, em similitude de mesmas perspectivas de dignidade, em todas as partes do mundo.

## 2. NOVOS ARRANJOS CONCEITUAIS

**2.1.** Os arranjos conceituais de família, nos seus atributos - surgidos, aliás, a partir do século XV - têm na atualidade, sob os influxos do mundo globalizado, apresentado efeitos expressivos à configuração de novas estruturas familiares. De tal sorte, a partir de mudanças do modelo clássico patriarcal e/ou de inovações significantes que substituem, por exemplo, o *pátrio poder* pelo *poder familiar*, agora inerente ao casal e que, em valioso trespassse, redefinem as relações parentais, estabelecem novas formas de constituição familiar e institui dinâmica de ordem jurídica destinada ao primado da dignidade da família e de seus membros, individualmente considerados.

Doutra banda, é com apropriada razão que, em sede de origem, estamos a pensar que, no plano jurídico,

a globalização tem a sua gênese de influência, a partir de uma consciência crítica, de vocação universal, na defesa dos direitos humanos, edificada pela Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e consolidada, adiante, por diversos pactos internacionais de direitos civis e políticos. Figura naquela, em seu artigo 12, o dispositivo matriz de *salvaguarda ao respeito pela vida familiar*.

Mas não é só. A *tutela máxima* da família tem sido, compreendida, dentro dessa perspectiva de causalidade, como resultado congênito da consagração dos direitos humanos à própria evolução do direito de família. Precisamente, os catálogos dos direitos fundamentais, traduzidos em convenções internacionais, estão a provocar, com urgência, um sistema globalizante de proteção integral da família, de efetividade ótima, em articulados que não se restrinjam às famílias nacionais ou comunitárias, mas havidos *urbi et orbi*.

Há um consenso universalista, portanto, quando a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950 - arts. 8º e 12º), a Carta Social Européia (1961, arts. 16º e 19º), e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000, arts. 7º, 9º, e 33º) cuidam de proteger a família, ao tempo em que outros modelos, americano ou africano, reiteram a mesma vocação de ordenamento, como a saber a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, arts. 11º e 17º) e a Carta Africana (1981, art. 18º), figurando o valor da família como fonte comum e geradora de ordem jurídica.

Com efeito, apreciáveis repercussões jurídicas devem ser alinhadas e refletidas dentro do multifacetado projeto de modernidade que o fenômeno da globalização está produzindo, com *padrões universalmente racionais*, em resposta objetiva aos desafios da instituição da família. Estes desafios continuam perenes e até ampliados, convenhamos, pela correspondência de tal fenômeno.

**2.2.** De tal modo é assim, que nos deparamos, de imediato, com o pluralismo das entidades familiares. Esse é um dos mais importantes novos paradigmas, que o direito de família tem produzido, na atualidade, sob a égide de uma *globalização convergente*, onde um dos seus viés marcantes e fundamentais se perfaz, indubitavelmente, na socioafetividade como indutora de *família reflexa*, em novos enquadramentos da estrutura familiar.

A afetividade tem conduzido o direito de família à sua maior dimensão existencial, axiologicamente hierarquizada como valor jurídico, e cuja concretude tem se prestado a demonstra-la como função essencial da *nova família*, a família contemporânea.

Em pensamento pós-moderno, o âmbito da família tem, por isso mesmo, novas composições, pelo seu atual modelo plural, não monolítico ou nuclear, de forte conteúdo solidarista e igualitário, em leitura da repersona-

lização de seus integrantes.

Segue-se, daí, que o rol familiar não poderá mais ser taxativo, em lei, a partir da família expressamente constituída pelo casamento, com acepção em apenas e somente duas realidades: como *família nuclear estrita*, formada pelo casal sem filhos, e como *família nuclear consolidada*, esta acrescida pela prole.

A própria lei começa a consignar outras entidades familiares socialmente constituídas, como *famílias monoparentais* ou as formadas por *uniões de fato*. Diferentes outras estruturas interpessoais tem sido admitidas juridicamente como famílias, em *visão pluralista conforme*, delineando um novo álbum de família, a exemplo das advenientes de (i) posse de estado de filho, (ii) das uniões concubinárias, (iii) das unidades parentais sem chefia, como no grupo de irmãos ou (iv) das pessoas sozinhas, solteiras ou viúvas, famílias *single*, a cuja configuração a jurisprudência brasileira vem recepcionar nos fins da proteção do bem de família.

E mais outras famílias são possíveis, como as *reconstituídas*, com prole de uniões anteriores do casal, ou as *fis-sionais*, entendidas na Itália como entidade familiar experimental, formada por pessoas denominadas *celibertárias*, cuja unidade de convivência resume-se aos fins de semana ou a períodos de lazer e viagem.

Exemplos mais interessantes ao direito de família são oferecidos, ademais, pelas entidades familiares ectogenéticas, diante das técnicas de reprogênese medicamente assistida, remetendo-se à legislação emergente e a uma doutrina aprofundada, a conveniente regulação eficiente das hipóteses. Aqui, o fenômeno da globalização, atraído em convenções e pactos, está a reclamar tratamento uniforme a coincidir e harmonizar interesses elevados da dignidade da família, independente do país onde esteja ela constituída, em tessitura de um emergente biodireito familiar.

Questões polêmicas surgem, às expressas, a cada experimento de fertilização assistida. Discute-se aos dados do elemento genético ou à mãe de substituição, o seu direito de visita ao filho ou sobre o destino de custódia dos embriões excedentários, em disponibilidade ou não, para implantação, por parte do casal separado. Nesse último caso, controvérsia mais acendrada ganha lugar em se tratando de inseminação artificial heteróloga, a saber do Código Civil brasileiro dispor no seu art. 1.597, inciso IV, a presunção ficta da paternidade, em face da prévia autorização do marido.

De fato, efetivamente, um imenso mosaico de novas entidades familiares, com implicações jurídicas específicas, coloca-se presente.

A esse propósito, lei brasileira, a de nº 12.010/2009,

alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis, carrega consigo a proclamação da *família extensa*, conceituando-a como aquela que se reconhece existente e identificada, pelas suas relações, com os característicos de vínculos da afinidade e da efetividade.

A modificação introduzida no Estatuto, então editado pela lei 8.069/90, traz o parágrafo único ao seu art. 25, com a redação seguinte:

*“Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”*

E, dentre outras alterações, a reportada Lei no. 12.010/2009 trouxe, ainda, profundas reformas ao instituto da adoção, como instrumento de maior eficiência à proteção e interesses dos menores, e ao instituto do acolhimento familiar.

Bem a propósito, vale lembrar que, pioneiramente, o Código Civil brasileiro, de 2002, introduziu em seu artigo 1.593, um novo conceito de relação parental, ao dispor que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou *“outra origem”*, em ordem de admitir, por essa última, origem diversa, situações juridicamente indeterminadas, que não se subsumam, exclusivamente, no instituto da adoção.

Ao informar - a ordem jurídica - tal idéia de *parentalidade acrescida*, resultado de impactante realidade fática - eis que o direito há de representar um sentimento palpitante de realidade - sobreveio, por igual, também recentemente, no Brasil, a Lei n. 11.924, de 17 de abril passado. Traz ela relevante contribuição a essa parentalidade civil ao permitir que o enteado averbe, no seu registro de nascimento, o patronímico do padrasto, adicionando-o ao seu. De tudo, a referir, consoante se observa, o interesse de tutelar, de modo preciso, uma das novas formas de família.

Em outro exemplo, esse interesse primacial de tutela às demais entidades familiares, também se extrai no contido do art. 5º, inciso III, da Lei brasileira n. 11.340, de 2006. Na denominada *“Lei Maria da Penha”*, relativa à violência doméstica, o referido dispositivo ali inserto contempla e identifica a família *“oriunda de qualquer relação de afeto”*, pelo que se sustenta, com interpretação extensiva, tratar-se de pioneira norma inclusiva das relações homoafetivas, no âmbito da ordem jurídica nacional.

**2.3.** É no plano da dignidade da família que, também, uma nova disciplina de responsabilidade alimentar vem pontificando na doutrina e em criações legislativas, aperfeiçoando o direito familista dos países globalizados.

O direito português, nesse aspecto, tem adotado sensíveis políticas de assistência social, arrimadas sob o

princípio de solidariedade. A lei portuguesa n.º 75, de 19 de novembro de 1998, em garantia dos alimentos devidos a menores, dispõe que “quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos a menor residente em território nacional não satisfizer as quantias em dívida pelas formas previstas no art. 189.º do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, e o alimentando não tenha rendimento líquido superior ao salário mínimo nacional nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, o Estado assegura as prestações previstas na presente lei até ao início do efetivo cumprimento.”

Sobressai, daí, inegável “caráter substitutivo” assumido pelo Estado, ao cumprimento da obrigação alimentar atribuível ao grupo familiar, ou mais diretamente, aos pais, quando, uns e outros, se achem incapacitados ao adimplemento, ou até mesmo morosos à obrigação decorrente da qualidade parental. Em suma, opera-se a ação interviniente do Estado, uma vez ocorrente o inadimplemento do dever alimentar, a oferecer este a denominada “prestação social de alimentos”, indispensável à proteção da dignidade do alimentando.

Não custa aqui referir, no elogiável modelo português, que a ação prestacional de Estado decorre do cumprimento de tutela integral aos direitos do menor, pessoa em desenvolvimento, a merecer preocupação prioritária. Nesse efeito, revitaliza-se o direito de família, quando a obrigação alimentar torna-se objeto de efetiva garantia do Estado.

Não é outro senão o propósito substancial do “Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores”, instituído pelo art. 6.º da mencionada Lei n.º 75/98. Referido Fundo assegura o pagamento das prestações alimentícias impagas por quem de direito, ficando sub-rogado em todos os direitos dos menores a quem sejam atribuídas aquelas prestações, com vista à garantia do respectivo reembolso (art. 6.º.3.). Diante do inadimplemento absoluto ou relativo da obrigação alimentar pelos pais ou responsáveis, ou ainda, por parente a ela sujeito, o Fundo, em tempo hábil, socorre a prestação alimentar, no “quantum” devido, a satisfazer as quantias em dívida.

Não há negar que o direito à alimentação, em seu desenho jurídico-estrutural, constitui direito integrante do conjunto dos direitos fundamentais celebrados no mundo globalizado. Trata-se, em verdade, de um direito social, classificado pela Teoria dos Direitos Fundamentais como direito de segunda dimensão. Isto sem perda da perspectiva de os alimentos implementarem condição necessária à sobrevivência humana e a obrigação alimentar representar instrumento de viabilização da vida com dignidade, conquanto objetiva assegurar meios essenciais de subsistência aos seus beneficiários, enquanto impossibilitados de prove-los por si próprios.

O problema da mora dos alimentos tem sido bastante recorrente na sociedade global hodierna.

Na Inglaterra, a mora das prestações alimentícias alcança o valor de 3,5 bilhões de libras em pagamentos atrasados, levando o governo britânico a promover diversas medidas de reforma legislativa, para reprimir a inadimplência, em benefício de 1,4 milhões de famílias atingidas pelo incumprimento das obrigações.

No Brasil, a mora dos alimentos tem sido reprimida apenas pela coercibilidade da prisão civil (art. 733, § 1º, CPC), mais das vezes afastada por justificativas do devedor (art. 733, caput, in fine, CPC), cujas escusas não são pesquisadas a contento. A impossibilidade de o devedor efetuar o pagamento demanda diligências aprofundadas a respeito, de modo a inventivar alegativas aleatórias ou inconsistentes.

Lado outro, a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça tem afastado o caráter alimentar das prestações insatisfeitas mais antigas, pelo simples decurso do tempo, a inibir a prisão civil. Em boa nota, porém, não haveria de ser desnaturado o débito, nesse seu fim, certo que a mora incidente repercute no padrão de subsistência do alimentando, eis que submetido a contrair débitos pessoais no sentido de prover para si os alimentos não recebidos.

Outrossim, registre-se que o art. 466, caput, do Código de Processo Civil determina que a sentença judicial que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma da Lei de Registros Públicos. Nesse alcance, a Lei registral n.º 6.015, em seu artigo 167, I-2, alude sobre tal hipoteca.

No entanto, as sentenças condenatórias de obrigações alimentares, cuja consequência imediata produz a hipoteca judiciária, pouco importando pendência ou não de recurso, não destacam, na sua maioria, esse instituto, cujo objetivo é o de, fundamentalmente, garantir a execução exitosa dos alimentos impagos.

A par disso, políticas inibitórias ao inadimplemento alimentar tem sido efetivadas no Brasil.

Assim, é significativo anotar, por iniciativa pioneira, que o Conselho da Magistratura do Estado de Pernambuco, editou o Provimento n. 03/2008, de 17 de setembro, pelo qual dispõe sobre o cabimento de protesto de decisões irrecorríveis acerca de alimentos provisórios ou provisionais e de sentença transitada em julgado, em sede de ação de alimentos. É que, por evidência, o instituto do protesto, contemplado na Lei n. 9.492/97, de 10 de setembro, alberga títulos e documentos de dívida, alcançando, por corolário lógico, todas as situações jurídicas originadas em documentos que representem dívida líquida e certa e não apenas os títulos cambiais.

Medidas satisfatórias ao forçoso cumprimento

de decisões judiciais alimentares, na esteira desse pioneirismo, são objeto de recentes propostas legislativas, acentuando-se a da criação de base de dados, em Ministério da Justiça, a formar cadastro nacional de devedores alimentantes inadimplentes, com mecanismos de restrição creditícia.

**2.4.** Também no trato das responsabilidades parentais, a Lei portuguesa n. 61/2008, em vigor desde 01.12.2008, inovou bastante, ao discipliná-las perante casos de ruptura da relação conjugal, por separação judicial ou de fato e por divórcio, ou em situações não análogas, no atinente ao exercício comum ou parcial do poder paternal ou familiar. Tais disposições consolidam a idéia-força de o efetivo e regular exercício do poder paternal interessar, antes de mais, à melhor proteção dos filhos.

Mas se assim o é, o processo interativo dessa relação tem reclamado no atual cenário social globalizado um severo enfrentamento de duas questões relevantes: (i) a do abuso de direito cometido pelo titular da guarda; (ii) a da síndrome da alienação parental, como patologia jurídica pelo exercício abusivo da guarda jurídica unilateral.

O tema tem merecido as maiores preocupações do direito de família no contexto da atual globalização, a perquirir, inclusive, intervenções de direito internacional, por subtração do filho ao poder familiar do outro genitor.

A despeito de a regra geral conferir a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584, CCB) cujo elemento característico corresponde ao melhor atendimento aos interesses do menor - sem que a atribuição implique, inexoravelmente, em prejuízo da relação paternal do outro, desprovido da guarda - evidencia-se, na prática, ao pai ou à mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, uma redução sensível do seu poder familiar, tornando-os, em determinadas circunstâncias, figuras parentais deficitárias.

Não há desmentir tal fato, quando a lei defere o chamado "*direito de visitação*", a espelhar, na previsão, uma convivência episódica, ao invés de disciplinar a co-participação do genitor não guardião, em parcela objetiva do poder familiar. Isso significa uma atuação que supere a idéia da simples fiscalização da educação dos filhos.

Logo, o exercício do poder familiar por esse último, deve representar uma participação mais ativa e presencial, aproximado ao filho na eficiência de preservar intacta e dinâmica a atuação paternal, em sua concepção personalista.

Cometerá abuso de direito, portanto, o detentor da guarda que, à luz do caso concreto, invalide tais premissas, recusando ou inibindo uma maior presença paterna, ou em evidência de maior abusividade dificulte o exercício

da visitação, sob o pálio egoístico de afastar afetivamente o filho do seu outro genitor.

Exatamente pela predisposição pessoal do guardião de não favorecer ou desestimular o interesse do menor em manter uma relação de maior proximidade com o genitor a quem não esteja confiado, visualiza-se o abuso do direito da guarda. O abuso de direito é espécie de ilicitude civil, previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro.

A figura jurídica do abuso, na espécie, foi avaliada pelo psiquiatra americano Richard como *síndrome de alienação parental*, considerada pela interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como por atos que causem prejuízo ou embaraço ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Nessa linha de definição, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, introduziu e conceitua a figura da alienação parental na ordem jurídica brasileira. Aliás, o Projeto de Lei n. 4.053/2008 que lhe deu origem teve sua base de proposta apoiada em raros julgados de tribunais do país que, assumindo postura de vanguarda, aprofundaram o tema, em *proteção do exercício pleno da paternidade* e coloca, mais uma vez, o direito de família nacional, entre os mais avançados.

O texto de lei estabelece, em todo rigor, que a atribuição ou alteração da guarda, dará preferência ao genitor que *viabilize o efetivo convívio da criança com o outro genitor*, quando inviável a *guarda compartilhada*.

A propósito, esse novel instituto, o da guarda compartilhada, advindo da Lei n. 11.698/2008, de 13 de junho, definindo a custódia compartilhada dos filhos (art. 1.583 do CCB, nova redação), ganha relevo, com igual emprego em outros países. Na Espanha (Lei 15/2005, 8 de julho) é admitida inclusive por pedido unilateral, em havendo parecer favorável do Ministério Público e na França, Alemanha, Dinamarca e Suécia, a guarda compartilhada assume caráter preferencial.

Tudo está a indicar, de conseqüente, que novos institutos, à guisa desse exemplo, sedimentam a modernidade do direito de família, construtivo e internacionalizado por *standards* reconhecidos pela maioria dos ordenamentos jurídicos.

**2.5.** Com igual status comunitário, sublinha-se, afinal, o tema da violência doméstica, como política criminal de concreção dos direitos humanos inscritos em convenções e tratados. A família, mais uma vez, insere-se no contexto da globalização, no instante em que a sociedade ocidental, com primazia, criminaliza condutas desviantes à dignidade familiar, dando maior enfoque à violência contra a mulher. O fenômeno da violência em família tem seu foro na comunidade internacional, que ao fim e ao cabo, tem

assinalado estatutos legais definidores de novos tipos penais.

No Brasil, a Lei n. 11.340/2006, denominada *Lei Maria da Penha*, versando sobre violência de gênero, assegura a autodeterminação pessoal da mulher, colocando-a sob a tutela absoluta de seus interesses e direitos, na esfera familiar, prevenindo e reprimindo a violência doméstica.

Em Portugal, a política criminal de controle e prevenção desse tipo de violência superou a tradição minimalista do direito penal, reformando o Código Penal, com a Lei n. 59/2007, de 4 de setembro. O crime de violência doméstica recebeu categoria delituosa própria, em relação ao crime de maus-tratos, tratados autonomamente, no art. 152, adotando-se políticas públicas e sociais de proteção às vítimas, todas as que integrem o grupo familiar.

Torna-se imperativo, por extrema relevância, destacar que o direito português estabeleceu, com a Lei 112/2009, de 16 de setembro, regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à prevenção e à assistência das suas vítimas. O estatuto de vítima, com atribuição, direitos e cessação, disciplinado no Capítulo IV da mencionada lei, se incorpora ao ordenamento pátrio, com inegável técnica de vanguarda.

**2.6.** Assentadas essas colocações pontuais, cumpre-nos entender, positivamente, os reflexos da globalização, à família do mundo, isto porque ela mesma, traduz nas suas formas de organização manifestamente diversas, as mudanças mais veementes da sociedade contemporânea.

Essa família mutante faz-se destinada à realização pessoal de todos os seus membros, pela identidade que os colocam, em seus papéis familiares, atores significantes. Unidos e não apenas reunidos, em templo de convivência, constitutivo de harmonia social e afetiva. Nas funções sociais que a família revela e em consonância objetiva com os padrões sócio-culturais que a revestem.

Se a esse tempo globalizado, não se permite, nele, a delimitação do conceito de família, arrimado a padrões sócio-culturais, em permanentes e céleres transformações, ao aplicador do direito reserva-se compreende-la no culto dos seus valores imperecíveis, ao extremo de vencer as diferenças e, mais que isso, as indiferenças.

De fato, haverá de prevalecer a advertência do consagrado jurista João Baptista Villela: *"o amor está para o Direito das Famílias, assim como a vontade está para o direito das Obrigações"*. Nele, a família está inteira.

### 3. ESTATUTO DO PAI

**3.1.** Impõe-se pensar, na esfera da socioafetividade, como valor jurídico fundamental a nortear os comandos de uma melhor definição jurídica de paternidade, acerca

de uma urgente necessidade de edição do Estatuto do Pai, como instrumento normativo capaz de modelar a multifacetada realidade de parentalidade, nomeadamente quando sob o viés da afetividade autônoma ocorrente sem o vínculo biológico.

De fato, um microuniverso normativo situa-se dentro do Direito de Família no que concerne à autoridade parental paterna (poder familiar), em face de direitos e deveres existentes, constituindo, em si mesmo, o Estatuto do Pai.

Bem de ver que o direito familista, assim consagrado no Código Civil (Livro IV), em sede do direito pessoal dos seus protagonistas, disciplinado em dois subtítulos, trata do casamento (artigos 1.511/1.590) e das relações parentais (artigos 1.591/1.638), onde, neste último, capsuladas estão as normas que cuidam, nomeadamente, acerca da filiação (artigos 1.596/1.606), do reconhecimento dos filhos (artigos 1.607/1.7617), da adoção (artigos 1.618/1.629) e do poder familiar (artigos 1.630/1.638).

Em boa medida, os direitos ao poder familiar e os deveres dele extraídos, as relações parentais definidas e as disciplinas legais da filiação e da adoção, podem, em seu contexto, compreender as relações jurídicas da paternidade, que consolidam uma visão normativa estatutária.

Quando o artigo 1.593 do Código Civil, por exemplo, anuncia que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem, temos por essa última cláusula, o pai civil. Aquele que resulta da socioafetividade adquirida ou da adoção constituída, valendo dizer, em casos que tais, que a paternidade socioafetiva pode preferir à biológica e que a adoção atribui à situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com o pai consangüíneo.

Existem também o pai ficto (artigo 1.597, incisos I e II, CC), o pai póstumo (caso da fecundação artificial homóloga, por inseminação "post-mortem", referido pelo artigo 1.597, III, CC), o pai protraído (caso de filhos havidos, a qualquer tempo, quando de tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, artigo 1.597, IV, CC) o pai sub-rogado (advindo da técnica de reprodução assistida por concepção heteróloga) e, ainda, o pai presuntivo do artigo 1.598 do Código Civil. Todos eles demandam os filhos, com direitos e responsabilidades.

A posse de estado de filho, a seu turno, é instituto jurídico que, em suas características, estabelece uma paternidade que não pode ser desconstituída.

Existem, por outro lado, os três homens em conflito (sem analogia com o filme do diretor Sergio Leone) em suas paternidades confrontadas, a saber: (i) o pai registral;

(ii) o pai biológico e (iii) o pai socioafetivo, quando discute-se, no caso concreto, o direito ao filho em exercício da paternidade prevalecente ou a sua desconstituição legal.

O reconhecimento do filho é direito do pai, voluntário e decisivo, a tanto irrevogável, nas formas do art. 1.609 do Código Civil, podendo, inclusive, preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu óbito. Cumpre à lei, inclusive, facilitar o reconhecimento voluntário, na hipótese do inciso IV do artigo 1.609, com a gratuidade da averbação em registro civil.

Aliás, temos defendido uma maior dinâmica da Lei 8.560, de 29.12.1992, em prestígio ao reconhecimento voluntário da paternidade, mediante, inclusive, incentivos fiscais ou benefícios sociais que possam ser assegurados aos pais que, notificados, manifestem-se favoráveis sobre a paternidade que lhes são atribuídas, com ou sem exame prévio de DNA.

Em Pernambuco, a Lei estadual nº 13.692, de 18.12.2008, determina a isenção de emolumentos e de Taxa de Utilização dos Serviços Públicos Notariais ou de Registro (TSNR), no procedimento de averiguação de paternidade, inclusive a averbação e a certidão respectiva do ato.

Ainda existe a figura do pai socioafetivo preordenado, como aquele que, em situação jurídica equipotente à da adoção, houve de obter junto ao pai biológico, uma paternidade compartilhada. No ponto, a dupla paternidade resultou assegurada por decisão judicial em pedido de registro civil, no efeito de constar em assento de nascimento, além da paternidade biológica daquele que forneceu o sêmen, a indicação de uma segunda paternidade, a do seu companheiro em união homoafetiva.

Em termos de dupla paternidade, temos ainda uma socioafetividade paternal, na hipótese, a bom exemplo da relação enteado-padrasto, aquele havido como filho afetivo e este último, como um segundo pai, estabelecendo-se, a todo rigor, uma dupla paternidade fática.

Não custa lembrar, a propósito, a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, que acrescentou parágrafo ao art. 57 da Lei nº 6.015 (Lei de Registros Públicos) para a requerimento de enteado ou enteada, havendo motivo ponderável, ser autorizado, mediante averbação, o uso do nome de família (patronímico) do padrasto (ou da madrastra), com a concordância destes, e sem prejuízo dos apelidos de família. Na teleologia da norma, inseriu-se uma dupla paternidade e o “motivo ponderável”, consiste em uma indubitosa socioafetividade subjacente.

Mesmo que a paternidade apresente-se como uma ficção jurídica, conforme a lei, como nos casos de inseminação artificial heteróloga, onde o filho é havido

como do marido da mulher inseminada com sêmen de terceiro (a tanto prestando aquele seu consentimento) e este pai apresenta-se, no plano dos fatos, um pai socioafetivo ou quando a paternidade ficta pode obter novos modelos, como o da paternidade dúplice, pontua-se, por decisivo, que a paternidade é sempre posta em dignidade do projeto parental e com ele guarda sua maior legitimidade. Todos os pais se reconhecem como tais, em compromisso de vida.

**3.2.** Induvidosamente, cuide-se pensar, então, que a ordem jurídica contempla e formata o Estatuto do Pai, como uma realidade moderna do direito. Um conjunto de normas, para além do Código Civil, a exemplo da Lei n. 11.108, de 2005, dispendo que a parturiente seja acompanhada pelo genitor, na maternidade. Ou seja, o acompanhamento pré-parto, pelo homem genitor, nas unidades hospitalares constitui garantia ao exercício da paternidade, na fase pré-natal.

Afinal o pai reside no direito que é-lhe assegurado pela dignidade do amor que o une ao filho e esse direito, que deve ordenar o próprio Estatuto do Pai, mais se perfecciona quando a lei não define o conceito de pai.

## 4. REGISTROS MULTIPARENTAIS

**4.1.** Não há negar, portanto, que a realidade dos fatos sociais tem sido melhor tutelada pelo direito de família, quando em sede de doutrina e de julgados mais recentes tornou-se decisivo reconhece-la, com sua devida juridicidade, em seus aspectos mais relevantes e significativos. Dentre eles, situa-se observar a existência dos chamados multivínculos familiares, com as suas inevitáveis e importantes consequências jurídicas.

Pela primeira vez, um tribunal estadual de justiça do país (TJSP) admitiu (em 14.08.12) ser possível fazer constar em assento de nascimento, além do nome da mãe biológica, o da mãe socioafetiva, assinalando com tal inserção uma dupla maternidade existente.

No caso julgado, Augusto Bazenelli Guardia, nascido em 26.06.1993, perdera sua mãe três dias após o parto (levada a óbito por acidente vascular cerebral). Sucede que meses depois, seu pai conheceu a advogada Vivian e se casaram, quando então tinha dois anos e criado por ela como se seu filho fosse, até a data presente.

Vivian Medina Guardia, quase vinte e anos depois, optou requerer em juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Itú (SP), a retificação no registro civil, para ali figurar como mãe socioafetiva, ao invés de simplesmente adotar o enteado, por respeito à memória da mãe biológica e um estreito relacionamento com a família daquela.



Em primeira instância, na ação declaratória de maternidade socioafetiva, o juiz Cássio Henrique Dolce de Faria, deferiu a pretensão (inclusive do enteado, como coautor) apenas para incluir no assento de nascimento o patronímico da madrasta, preservando a maternidade de origem. O tribunal paulista, por sua 1ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, para além de declarar a maternidade socioafetiva, determinou que esta deveria constar do assento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica. O julgamento teve a participação dos desembargadores De Santi Ribeiro e Elliot Akel, sob a presidência do des. Rui Cascaldi (sem voto).

O acórdão assinalou existente “a filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes”.

Na hipótese, o julgado tem seu relevo, na exata medida que coloca, às expressas, reconhecida uma dupla maternidade, com efeitos jurídicos próprios que de tal decisão se extraem, a exemplo do direito sucessório.

**4.2.** Outras hipóteses estabeleceram, por decisões judiciais, uma filiação socioafetiva concomitante, ditada por vínculos múltiplos:

(i) O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos” (STJ – 4ª Turma, REsp 889852/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 27.04.2010, DJe de 10.08.10).

(ii) De igual conduto, Maria Tereza, nascida em Recife (29.01.2012) tornou-se a primeira criança brasileira que tem dupla paternidade constante no seu registro de nascimento. Um dos pais, o pai biológico, disponibilizou o sêmen para fertilização “in vitro” com óvulo de uma doadora; o outro, o pai socioafetivo preordenado, por manter uma relação homoafetiva com aquele. O juiz Clicerio Bezerra (1ª Vara Cível do Recife), definiu a paternidade expandida, por decisão administrativa registral.

Certo que as decisões precedentes sempre cuidaram de “dupla paternidade” ou de “dupla maternidade” oriundas de relações homoafetivas, tais decisões influíram as mais recentes, no ponto de conjugar a duplicidade, aliada a uma paternidade ou maternidade biológicas (um pai e duas mães ou dois pais e uma mãe) em face de famílias heteroafetivas.

Assim sucedeu, a exemplo da recente decisão do TJSP, com decisão judicial de Rondônia, quando se garan-

tiu (em 22.03.2012) a uma criança, o registro em assento de nascimento, de uma dupla filiação paterna (biológica e socioafetiva).

O pai registral bem sabia quando a registrou não ser ele o pai biológico, e tal estado de posse de filha o tornou pai socioafetivo. Ocorre que, anos depois, ciente de seu vínculo biológico, passou ela a conviver também com o pai de origem, deles recebendo, concomitantemente, assistência emocional, afetiva, e alimentar. A juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz admitiu, então, que não seria a hipótese de anular o registro, por suposta inexistência de vínculo parental com o pai registral, certo que este também tornou-se o pai socioafetivo (forma de vínculo), consultando melhor ao interesse da criança a manutenção do pai registral e a inclusão do biológico no referido assento de nascimento.

De fato. O art. 1.593 do Código Civil, como já referido, é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Na cláusula “outra origem”, diferentemente do consignado no Código Civil de 1916 que apenas se reportava à adoção, como parentesco civil, situa-se o suporte fático-jurídico para a multiparentalidade, agora consagrada pelos juízes e tribunais do país.

Bem de ver que a formação da família moderna, muito antes de defini-la consaguínea, quando assim for, tem sua base na afetividade, como principal vínculo condutor de sua existência como relação parental.

Afinal, quando o pai afetivo, mais das vezes registral, não manifeste interesse em negar a paternidade frente a um pai biológico que reivindique a paternidade, caso será sempre de admitir os multivínculos ocorrentes, em prestígio das relações parentais, sempre sustentadas na afetividade, seja afetividade biológica ou socioafetividade.

Demais disso, quando a Constituição Federal de 1988, veio de estabelecer a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF), ou a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF), retenha-se, em todos os casos, o primado da afetividade, como causa eficiente de proteção à dignidade da pessoa, para os efeitos dos atuais registros multiparentais.

## 5. A FIGURA DO PAI REGISTRAL

**5.1.** Nessa linha de entendimento, importa aludir a figura do pai registral, em ordem a considerar, de plano, que situação de uma paternidade lavrada em assento e preordenada pelo mero registro, não implica necessariamente o vínculo afetivo, construtor da socioafetividade parental.

O pai registral é aquele em cujo nome é atribuída

a paternidade em assento de nascimento do registrando. Entretanto, existente o pai registral, sem que disso decorra uma paternidade socioafetiva, cabível será a investigação de paternidade para a determinação do pai biológico, que, aliás, “pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, porquanto tal cancelamento é simples resultado da ação que julga procedente a investigatória, sem necessidade de expresse pedido cumulado”. (STJ - 4ª Turma, REsp. nº 401.965).

Em menos palavras, o vínculo registral daquele que não seja o pai biológico, apenas prevalecerá, diante da ocorrência de paternidade socioafetiva, eis que o vínculo socioafetivo se sobrepõe ao vínculo biológico (TJRGS - 8ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 70018836139, de 03.05.2007).

A esse sentir, o 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul consolidou a questão, mantendo decisão que julgando procedente investigação de paternidade determinou a alteração do registro civil para que fosse substituído o nome do pai registral - que não possuía vínculo socioafetivo com o suposto filho - pelo nome do pai biológico, mudando assim o sobrenome do autor.

Em seu voto, a desembargadora relatora Maria Berenice Dias (hoje aposentada) afirmou que “se o pai registral não passou de um pai no papel, se não surgiu entre ambos um vínculo de afetividade, se não se está na presença de uma filiação socioafetiva, imperativo será desconstituir o vínculo registral, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registro, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede”.

Como se observa, a questão ganha maior relevo, pelo viés da apuração da existência ou não da paternidade socioafetiva, cujas conseqüências jurídicas devem ser aferidas, em amplo espectro.

Assim é que havendo pai registral, cumprirá saber se de tal vínculo sobressai uma relação socioafetiva que, por óbvio, não se presume, deve ser provada. Lado outro, havendo tal relação, não há se falar em obrigação alimentícia do pai biológico, mesmo existente exame de DNA positivo (TJRGS, 7ª Câmara Cível, Apel. Cível nº 70019392463, j. em 13.06.2007). E, nessa linha, admita-se, outrossim, a possibilidade de direitos sucessórios decorrentes de uma paternidade socioafetiva.

No entanto, inexistente a paternidade ditada pela socioafetividade, possível será o cancelamento do vínculo registral, como decorrência lógica e jurídica do reconhecimento de uma nova paternidade, essa última no plano estritamente biológico. No caso, inclusive, não se opera a decadência do direito de impugnação ao vínculo registral, pois que tal decadência “não atinge o direito do filho que

pleiteie a investigação da paternidade e a anulação do registro com base na falsidade deste” (STJ - 3ª Turma, Ag.Rg nos EDcls. no Resp. nº 745.884-RS, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. em 03.04.2006).

**5.2.** Em conclusão: o estado de filiação oriundo do vínculo registral é formal. A paternidade será, sempre, substancialmente socioafetiva, seja do vínculo oriundo do afeto, seja do vínculo parental biológico.

Existem pais biológicos que dão afeto aos filhos e pais biológicos em desamor. E existem pais registraes socioafetivos ou não.

## 6. PARADIGMAS DA RELAÇÃO PARENTAL

**6.1.** Fincada a presente análise no paradigma da socioafetividade, traduzida como valor jurídico, tenha-se, afinal, que a Paternidade decorre da relação parental estabelecida pelo vínculo, biológico ou socioafetivo.

Entretanto, quando se trata de conceituar uma paternidade responsável e situada, mais precisamente, na identidade genética, não se exige necessário o liame afetivo.

É que, a todo rigor, a paternidade responsável extrai-se do dever de cuidar, tendo-se o cuidado como valor jurídico de tal importância equipotente à do valor jurídico da socioafetividade, valores estes que podem coexistirem juntos ou não.

A mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta que enquanto amar é faculdade, cuidar é dever; assim importando na celebração jurídica da lei com a ética, em deveres legais e morais.

Em ser assim, apresenta-se irretorquível um compromisso parental autônomo, o da obrigação de o pai prover o filho em face da relação parental existente, com uma resposta adequada às suas necessidades de vida.

Segue-se, então, que o abandono paterno, configurador de dano pessoal aos filhos esquecidos, configura tema de significativa expressão jurídica, na atualidade do direito de família. Seja pela deserção do lar, em tempo de separação do casal, rompendo, no mesmo ato, a relação paterno-filial; seja por abandono da mãe gestante, em deliberada omissão ao reconhecimento voluntário da paternidade não assumida, o pai que assim procede, sujeita-se a responsabilização civil e penal, pela gravidade de todos os atos omissivos. Bem é dizer que o tema não se subsume à simples negativa do reconhecimento da paternidade ou a da subtração ao dever de prestar alimentos. Exatamente porque, mesmo que reconhecida a paternidade ou em atendida a obrigação alimentar, não se desonera o genitor das demais obrigações da paternidade em face da relação parental

que subsiste em todos os seus termos.

**6.2.** As responsabilidades do Poder Parental compreendem a assunção e o atendimento a todos os deveres dele extraídos.

Maria Berenice Dias em seu artigo “Porque me abandonastes?” relata que a percepção desse novo fenômeno, o da paternidade responsável, com a compreensão mais ampla da responsabilidade parental, teve sua base a partir da segura possibilidade de identificação da verdade biológica, por meio dos indicadores genéticos (exame de DNA). Daí, seguirem-se os avanços, a exemplo da igualdade constitucional dos filhos, independente da origem, e do instituto da guarda compartilhada.

Posta assim a questão, o vínculo da parentalidade associando pai e filho implica, de forma inexorável, que o pai tem os naturais encargos de criar e educar o filho, oferecendo-lhe a devida sustentabilidade de vida, em proveito de sua formação e personalidade, sem característica alguma de abandono.

Esse abandono, mais das vezes, é admitido apenas quando não cumpridas as obrigações alimentares e não é o caso, substancialmente, de ser havida tal limitação. Em bom rigor, o abandono resulta evidenciado quando falta ao filho o pai que deve existir em sua vida. Ou seja, a presença paterna na relação parental dignificada. Afinal, como afirma Maria Berenice Dias, “reconhecer, como historicamente sempre aconteceu, que a única obrigação do pai é de natureza alimentar, transforma filhos em objeto, ou melhor, em um estorvo do qual é possível se livrar mediante pagamento de alimentos”.

De fato, o substrato é de ordem constitucional. A dignidade dos filhos reclama também um pai digno. Digno de suas responsabilidades na relação parental. Relação que não pode ser afastada, quando ele (o pai abandonante) se afasta da família ou da mulher deixada no passado com o filho no ventre.

**6.3.** As decisões e sentenças que acolhem o cuidado como valor jurídico vêm se multiplicando em todo o país, a exemplo da decisão histórica do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Recurso Especial nº 1.159.242-SP), quando no dia 24 de abril, a Corte condenou um pai a indenizar a filha por abandono afetivo.

“Ter filho é ter responsabilidade. Não adianta dizer eu não desejei esse filho”, destacou Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do IBDFAM. Segundo ele, “o Direito não trata propriamente dos sentimentos, mas das conseqüências decorrentes. É óbvio que ninguém é obrigado a amar, mas o Estado precisa responsabilizar a quem não se responsabiliza pelo filho”.

Daí, a imposição de sanção pelo descumprimento das obrigações paternas. Mais exatamente, o descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão.

Com efeito, a valorização do vínculo familiar, pelos mais recentes julgados, tem demonstrado um novo paradigma da relação parental: o de as obrigações resultantes de tal relação, entre pai e filhos, demonstrarem que esse vínculo nunca se desfaz, mesmo que insatisfeitas, no todo ou em parte, as referidas obrigações.

A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, no Recurso Especial nº 1.159.242 cujo Acórdão foi publicado no dia 15.05.2012, em bom rigor não penaliza, com pecúnia, o abandono afetivo; mas reconhece a indenizabilidade da omissão de cuidado, ante a falta de atuação de amparo e de proteção, fundamental à formação da criança e do adolescente.

Como proclamou o julgado, não se discute mais a mensuração do intangível – o amor - mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal, a de cuidar.

Nesse efeito, atribuiu-se ao dever de cuidado um importante valor jurídico. Em sua natureza de uma correspondente obrigação legal, quando a tutela maior é no objetivo da proteção integral do menor, o cuidado apresenta-se como obrigação de assistência material, antes mesmo que um agir afetivo. A transgressão obrigacional importará, inexoravelmente, provocar ao menor (filho) uma manifesta situação de vulnerabilidade. Em verdade, o preceito constitucional da tutela máxima é no efeito de coloca-lo a salvo de todas as formas de negligência.

A decisão paradigma do STJ superou o tormentoso dilema do abandono afetivo como causa eficiente de obrigação de indenizar, diante da repulsa à precificação do amor, ou da impossibilidade lógico-jurídica de se obrigar alguém a amar outrem, mesmo que seja o filho que o pai rejeitou ou negou-lhe a devida paternidade.

O referido julgado assentou com a devida precisão que “o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”.

De tal sentir, “comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e com-

panhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico”.

Pois bem. O tema ganhou, agora, o tratamento adequado, em esfera própria, quando se sabe existente, necessariamente, “um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”.

Mais precisamente, a obrigação de cuidar constitui a assistência material a que se sujeitam ambos os pais, não se confundindo, assim, com a obrigação de amar.

É nesse plano fático de realidade de vida, em face das obrigações inerentes da paternidade, que a omissão de cuidado mínimo, ingressa na teoria da responsabilidade civil, obrigando o pai omisso a indenizar os prejuízos advenientes da sua omissão. Cabível, daí, a ação de indenização por danos materiais e de compensação por danos morais, em desfavor do pai, ajuizada por filho(a) que tenha sofrido abandono material (e afetivo) durante sua infância e juventude.

Como antes anunciado, “sintetizou-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”.

E nesse alcance, resultou, portanto, entendido que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CFE artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas”.

Induvidosamente que sim. Diante de tal fato, a ilicitude nele se manifesta inegável, com as sanções próprias da responsabilidade civil, não apenas a reclamar a sanção da perda do poder familiar, essa última nos lindes estritos do direito familiar (artigo 1.638 do Código Civil/2002).

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (24.04.2012), onde figurando Relatora no REsp. nº 1.159.242 a Ministra Nancy Andrighi, escreve, iniludivelmente, um capítulo novo no direito de família, a saber de sua jurisprudência mais avançada.

## 7. CONCLUSÕES

Ficam os paradigmas:

**7.1.** Afinal, se a paternidade torna-se uma ficção jurídica, como nos casos de inseminação artificial heteróloga, onde o filho é havido como do marido da mulher inseminada com sêmen de terceiro (a tanto prestando aquele seu consentimento) e aquele havido como pai apresenta-se, no plano dos fatos, um pai socioafetivo (nada obstante a lei assegure-lhe a paternidade clássica), a paternidade ficta pode obter novos modelos, como os da maternidade e paternidade dúplices, sempre em favor da antes referida dignidade do projeto parental.

**7.2.** Aliás, o magistrado da 1ª. Vara de Família do Recife, Clicério Bezerra, autor da decisão que admitiu a dupla paternidade, considerou que “o direito de família moderno é sintonizado com a dinâmica social e não pressupõe mais a oposição de sexo para a constituição de uma entidade familiar”, assegurando uma moldura jurídica onde “existindo afeto, existe família” (DP, 02.03.12, p. C4).

A dupla paternidade assegurada pela referida decisão judicial em pedido de registro civil, no efeito de constar em assento de nascimento, além da paternidade biológica daquele que forneceu o sêmen, a indicação de uma segunda paternidade, a do seu companheiro, insere-se como mais um capítulo na juridicidade da reprodução assistida, para além de se constituir paradigma condutor de uma paternidade socioafetiva preordenada, na medida em que constante do próprio assento de registro civil. De fato.

A decisão judicial representou uma jurisdição dialogada com os fatos da vida, a reconhecer que junto ao pai biológico, outro pode estabelecer uma paternidade socioafetiva preordenada, em situação jurídica equipotente à da adoção. Ou seja, uma paternidade socioafetiva planejada, por um deles, com idêntica essência de dignidade do projeto parental que culmina na adoção como instituto jurídico de família.

**7.3.** Bem por isso, as técnicas de reprodução assistida tem possibilitado novas configurações da filiação, antes apenas binária (dual) e pelos métodos naturais de concepção e gestação, máxime diante da construção de novos institutos jurídicos como o da paternidade socioafetiva.

**7.4.** Lado outro, a verdade biológica da concepção não é mais a mesma, a mãe não é mais sempre certa e os accertamentos da filiação exortam modelos legais mais abertos. No ponto, não há negar ocorrentes figurações múltiplas da filiação, surgidas pela experimentação das técnicas de reprodução medicamente assistida e admitidas pelo direito posto na doutrina e na jurisprudência.

É bastante exemplificar:

(i) O caso inglês de maternidades tríplexes (2005), quando Alex Patrick (1), mulher estéril, recebeu a doação

de óvulo da irmã gêmea Charlotte (2), enquanto outra irmã, a mais velha Helen (3) cedeu o útero, tendo sido o óvulo fecundado com o sêmen do marido da primeira. Foi estabelecida, então, uma filiação trinária, pela encomenda de filho, configurando, afinal, uma maternidade socioafetiva programada, a que planejou Alex, com seu marido Shaun, este o pai genético ao fornecer êle o material seminal. No exemplo, a tríplex maternidade está posta: a mãe doadora do óvulo (biológica), a mãe gestante (portadora, em sub-rogação de útero, com gestação em favor de outrem) e a mãe receptora (mãe socioafetiva). Charlie tornou-se filho de três mães. Fossem ambos pais encomendantes, ter-se-ia a hipótese de uma verdadeira adoção programada, com intervenção de pais genéticos e de uma mãe biológica.

(ii) O precedente canadense (2007), quando a Corte de Apelações da Província de Ontário admitiu a maternidade dupla, em favor da companheira da mãe biológica da criança, quando ambas, em união estável homoafetiva de dez anos, planejaram o seu nascimento, por inseminação artificial, com ajuda de um amigo. Por regras de isonomia, o entendimento assenta-se, igualmente, em face da paternidade.

O reclamo de um modelo de Direito Reprodutivo, como categoria jurídica de direitos de nova geração, conciliador entre ciência e bioética, está, portanto, a indicar a necessidade de diretivas legais de inusitada relevância. Ou seja, os sistemas jurídicos identificarem, de forma homogênea e indiscrepante, a dimensão do direito de reprodução assistida, nos seus limites adequados, em satisfação e proteção da dignidade dos projetos parentais.

Exemplo significativo é no atinente às dualidades maternais, quando a Áustria, proíbe a doação de óvulos, justamente para impedir uma maternidade binária, agregada pela mãe de gestação (biológica) e pela mãe genética (doadora de óvulo), ficando, assim, demonstrada a divergência da legislação europeia em muitos pontos do tema. E mais precisamente, não foi instituída por lei, em nenhum país, a denominada filiação “unisexual”.

O Brasil, a seu turno, tem uma regulamentação incipiente, valendo-se, apenas, da Resolução nº 1.957/10 (Diário da União - 06.01.2011), do Conselho Federal de Medicina. No entanto, a partir dela, casais homoafetivos e pessoas solteiras podem recorrer aos procedimentos de RMA.

**7.5.** Suficiente, então, que haja uma socioafetividade paternal, na hipótese, a bom exemplo da relação enteado-padrasto, aquele havido como filho afetivo e este último, como um segundo pai, estabelecendo-se, a todo rigor, uma dupla paternidade fática (Lei nº 11.924/2009);

**7.6.** No contraponto, se o dever de assistência mate-

rial e psicológica dos pais em relação à prole, cuida-se, às expressas, de uma “obrigação inescapável”, àqueles que descumprem essa incumbência, devem ser responsabilizados civilmente.

**7.7.** Segue-se, para as reflexões devidas, constatar o denominado “efetivo do afetivo”, sustentado na repercussão conclusiva a conta de que:

(i) as novas configurações da filiação são extraídas do pergaminho da vida, onde bem por certo será escrito o melhor direito, o direito sob medida; onde a afeição constitui realmente família, no seu sentido mais amplo (ou paternal);

(ii) impende urgente que a doutrina credite os casos onde a paternidade socioafetiva constitua causa de inclusão, na relação de filiação, a que se coloca sem prejuízo da paternidade biológica existente, ou quando, adversamente, configure causa de exclusão desta última.

(iii) a socioafetividade ou mais precisamente, a paternidade socioafetiva, é, em síntese apertada, o triunfo do afeto sobre os modelos clássicos da lei ou sobre as limitações da ordem jurídica. No ponto, pai efetivo é aquele que faz demonstrar, de todo visível, “o efetivo do afetivo” em perfeito paradigma da socioafetividade como valor jurídico fundamental.

## BIBLIOGRAFIA ESSENCIAL

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. Vols. I, II e III. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª. ed., 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

AGRASTA NETO, Caetano. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito de família; novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Editora Atlas, 1ª. ed., 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1ª. ed., 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade. São Paulo: Ed. Atlas, 1ª; ed., 2010.

PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito de Família Contemporâneo, Lisboa: AAFDL, 2ª. ed., 2009.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Vol. 5: Direito de Família. São Paulo: GEN/Editora Método, 7ª. ed., 2012.

# O “FUNDAMENTO DO DIREITO”: ENTRE O DIREITO NATURAL E A DIGNIDADE DA PESSOA

## **Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão**

Licenciatura em Direito em 1955. Curso Complementar (de pós-graduação) em Ciências Histórico Jurídicas em 1956. Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas em Outubro de 1962. Ex-professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito de Lisboa. Membro da Comissão de Especialistas de Direito de Autor da Comunidade Europeia. Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Presidente da GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor. Presidente da Direcção do Instituto dos Valores Mobiliários. – Membro da Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida por designação do Ministro da Ciência e do Ensino Superior.

## SUMÁRIO

1. A evolução a partir da sociedade gregária e totalitária primitiva; 2. O individualismo grego, o personalismo cristão e as sequelas de ambos; 3. A noção de “pessoa”: vicissitudes históricas; 4. Análise crítica do juraracionalismo; 5. Análise crítica da “eminente dignidade da pessoa humana”; 6. A pessoa, como o fundamento bastante do Direito.

### **1. A EVOLUÇÃO A PARTIR DA SOCIEDADE GREGÁRIA E TOTALITÁRIA PRIMITIVA**

O tema do “fundamento do Direito” surge como uma constante, em toda as fases da reflexão sobre o ordenamento jurídico.

Da determinação de um fundamento depende a

possibilidade de subtrair o Direito ao arbítrio. De saber se o Direito, como dever ser vigente numa sociedade, obedece ele próprio a um dever ser que se imponha a quem detenha o poder. Se será pois correto falar de um “dever ser do dever ser” do ordenamento jurídico.

As respostas têm sido as mais variadas. Num extremo estão as posições radicalmente negativistas. Com o positivismo jurídico tivemos o predomínio histórico desta orientação, em grande parte dos sécs. XIX e XX.

Mas a períodos de negação seguem-se sempre períodos de ressurgimento<sup>1</sup>. Por isso o tema do fundamento está sempre na ordem do dia.

Isso não implica que haja unanimidade nas orientações que apontam um fundamento à ordem jurídica. Muito pelo contrário: vemos que esse fundamento tem sido encontrado ou criticado nos pontos mais diversos. Em grande parte, isso é resultante da sucessão das correntes filosóficas dominantes.

Não teria interesse nesta altura fazer o catálogo das orientações afirmativas do fundamento do Direito; nem haveria tempo para as confrontar entre si<sup>2</sup>. Limitamo-nos a duas orientações que são atuantes nos nossos dias, embora tenham concretizações históricas muito diferentes. São elas a fundamentação:

- no Direito Natural
- na dignidade da pessoa humana.

Para se fazer este confronto é necessário porém um enquadramento histórico. É essencial para a compreensão do tema.

Na marcha da humanidade desenha-se um longo percurso, que medeia entre a sociedade gregária de tantos milênios da pré-história e do alvorecer das civilizações até à sociedade individualista e tecnológica dos nossos dias.

As sociedades primitivas foram fortemente gregárias. Os perigos exteriores, vindos da própria natureza, das feras e dos outros grupos humanos impunham uma coesão profunda. Não havia espaço para que se soltasse a imaginação individual: a prevalência do interesse do grupo era absoluta.

Mesmo as civilizações clássicas, mais próximas do

1. Fala-se consequentemente no eterno retorno do Direito Natural, para referir o ressurgimento de orientações que o positivismo pretendia sepultar. São disso manifestações no séc. XX o institucionalismo francês, a revivescência na Alemanha após a guerra mundial, a escola aparentada do finalismo welzeliano...

2. Faz uma excelente sinopse da sucessão das correntes filosóficas, que envolve ainda uma apreciação crítica de cada, bem como das razões daqueles que as contrariam, A. Castanheira Neves, em *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*, em *Stvdia Iuridica*, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2003.

nosso conhecimento, na Eurásia e na América, não fugiram a este quadro. O grupo e o seu interesse tinham a prioridade absoluta.

Com linguagem moderna, diremos que todas as civilizações antigas foram totalitárias. O passar a fio de espada os vencidos, os sacrifícios humanos de que nos dá conta até o Antigo Testamento, a organização férrea dos incas, traduzem-no com muita clareza. A preservação do grupo era valor autossuficiente.

Ao ponto de se desconhecer a própria noção de pessoa. Havia homens, mas não havia sequer o termo correspondente a pessoa. Este só vai surgir por uma evolução de persona: digamos que pela variação semântica de personagem. Através da personagem se chegará à pessoa.

Como? Por efeito de dois fatores históricos fundamentais, que estão na origem da nossa civilização:

- o individualismo grego
- o personalismo cristão.

Consideremo-los brevemente.

## 2. O INDIVIDUALISMO GREGO, O PERSONALISMO CRISTÃO E AS SEQUELAS DE AMBOS

A civilização ocidental pode apontar na sua origem dois homens, como expoentes máximos: Sócrates e Cristo<sup>3</sup>. Têm várias características comuns, desde o fato de ambos não terem deixado uma única linha escrita como, sobretudo, o de ser a sua mensagem tão nova e inquietante para a sociedade estabelecida que ambos foram condenados à morte e efetivamente executados.

### 1) O “individualismo” grego

A filosofia grega, que continua a ser a base de toda a filosofia ocidental, não se elevou à percepção da pessoa. Dominou-a uma visão monista da realidade, que fazia ver na individualidade uma imperfeição<sup>4</sup>. Todavia, contribuiu para o despontar da categoria pessoa por uma característica original, que abriu novos horizontes: a curiosidade pelo indivíduo humano. Vamos designá-la individualismo, à falta de palavra exata. Em Sócrates atinge o ponto mais profundo de penetração no espírito humano, pelo que vamos tomá-lo como paradigmático.

### 2) O personalismo cristão

A filosofia grega expandiu-se no Oriente próximo

por ação de Alexandre Magno. Consolidou-se depois pela ocupação dos romanos, que a haviam assimilado. É nesse ambiente já muito helenizado que surge Cristo. Da sua mensagem resultava a afirmação da pessoa de modo radicalmente contrastante com a sociedade ambiente. E efetivamente assim foi entendida, pois foi crucificado.

A assimilação histórica da sua doutrina foi porém muito lenta. O gregarismo manteve-se como obstáculo durante séculos. Só no final da Idade Média a noção de pessoa atinge um extraordinário desenvolvimento na filosofia, tendo em São Tomás de Aquino o seu expoente máximo<sup>5</sup>. Não obstante, não se verificou então o impacto social que lhe deveria corresponder.

O Renascimento trará uma revivescência do individualismo e da atenção grega pelo homem. Este enquadramento é propício à erupção duma linha subjetivista na filosofia jurídica, por contraste com o entendimento dominante do Direito Natural. Na base deste passam a colocar-se os direitos naturais – os direitos que cada homem traria consigo. Assim acontece com Locke, por exemplo.

Vem aculminar no Iluminismo e no Jusracionalismo. O Direito Natural não é repudiado, mas será construído com base nos direitos naturais de cada homem – ou do Homem, como abstração. Exalta-se a Razão, o que leva a Escola Racionalista a conceber que o Direito Natural não é descoberto pelo homem nem se manifesta à sociedade, é *criado* pela própria Razão humana, erigida em potência mítica. Temos agora a Escola Racionalista de Direito Natural, ou o Jusracionalismo. O Direito Natural é único e imutável, porque também o é a Razão, como entidade abstrata. É aplicável a todos os povos, dada a unidade da Razão humana; e pelo mesmo motivo é válido para todas as épocas históricas. É este o Direito Natural dos Enciclopedistas, que preside à Revolução Francesa, bem como o que seria aplicado uniformemente a todos os povos no âmbito da expansão colonial.

Temos pois um novo Direito Natural, que pode invocar antecedentes em Aristóteles e a forte cultura da Escolástica<sup>6</sup>, mas agora com uma mudança de sinal, por ser apresentado como produto irrecusável da Razão humana.

Durante todo este tempo há um ponto importante a realçar, que é o da *falta de sentido da História*. Generalizando um tanto, diremos que toda a meditação

3. Uma vez que todos concordarão que Jesus Cristo era um verdadeiro homem.

4. Assim Diogo Costa Gonçalves, Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela, Almedina, 2008, 9-12 (10). O livro, que prefaciamos, é aliás um livro muito valioso dum jovem docente da Faculdade de Direito de Lisboa, sobre a categoria ontológica da Pessoa e o significado da tutela geral da personalidade outorgada pelo art. 70 do Código Civil português.

5. Em grande parte, incitado pela necessidade teológica de caracterização e distinção subsequente da pessoa divina e da humana.

6. Esta com a sua ligação básica com a lei eterna.

sobre o Homem e a sociedade se fez até séculos recentes considerando sempre uma sociedade como a definitiva, a única válida – e essa seria a sociedade em que se vivia. Na Idade Moderna (Renascimento) operou-se uma variação relativa: continuava a figurar-se uma sociedade exemplar, efetivamente, mas essa seria a sociedade clássica, a da civilização greco-romana. Com o Iluminismo, a sociedade ideal é a concebida pelo déspota iluminado. Passa a ser apresentada como aquela que a Razão dita e o Direito Natural prefigura. Não há sensibilidade para a fatal mudança das instituições jurídicas que a evolução das circunstâncias sociais traz também consigo.

O panorama intelectual será alterado por Hegel que, por contraposição a Kant e às escolas antecedentes de Direito Natural, traz a História para o lugar central da Filosofia. Escapa assim ao relativismo kantiano, construindo um sistema que se evade à crítica da razão pura de Kant – e que, se nada o prova, também nada permite abalar.

No século XIX, além das querelas filosóficas, há o dinamismo da Revolução Industrial e a atmosfera de ofuscação pelo Progresso que se passa a respirar. O Direito Natural é venerado numa primeira fase para justificar as instituições revolucionárias. Com o tempo, porém, acaba por aparecer como um ornamento inútil, à medida que aquelas são asseguradas e a sociedade industrial se consolida. A dinâmica do progresso é avassaladora, não podendo ficar amarrada a modelos do século anterior.

O que acaba por sair vitorioso, então? É o individualismo, que encontra um ambiente propício. Germina a civilização dos direitos, que se irá desenvolver até aos nossos dias. Tudo é expresso na gramática dos direitos subjetivos. As leis visam assegurar direitos, a democracia vai levar o povo ao poder, o liberalismo dará livre vazão às forças sociais... E sobre isto se constrói, algo paradoxalmente, o positivismo jurídico, que se desinteressa de um fundamento substantivo ou material da ordem jurídica para se bastar com o fundamento formal ou procedimental da escolha democrática de quem detém o poder – e conseqüentemente legisla. Na progressão, nem sequer nisso: passa a cobrir todos os sistemas, fossem quais fossem.

Tudo isto no meio de muitas convulsões e de alternativas radicais, como a trazida pelo marxismo, que afirma a marcha irreversível da História para uma libertação final hipotética, que justificaria uma real ditadura do proletariado como etapa intermediária.

### 3. A NOÇÃO DE “PESSOA” VICISSITUDES HISTÓRICAS

Mas, em toda esta sucessão acidentada, onde ficou a pessoa?

Tínhamos indicado como germinou

historicamente o conceito da pessoa; mas dissemos também que o desenvolvimento subsequente havia sido lento.

Efetivamente, podemos dizer que o gregarismo que anotamos não desapareceu instantaneamente: pelo contrário, as condições que se viveram -- na Europa após as invasões germânicas e com os turcos às portas de Viena; e na Ásia, na África e na Hispânia, com a expansão muçulmana – levaram a um recrudescimento desse gregarismo. A lenta e longa maturação cultural europeia, durante a Idade Média, trouxe elementos preciosos; mas é com o Renascimento, como dissemos, e com a recuperação possível do legado da Antiguidade Ocidental que as condições para a consciencialização da potencialidade da noção se encontram reunidas.

E não obstante, o progresso continuou sendo lento e, mais do que isso, cercado de convulsões. Misturam-se muitos elementos e há retrocessos também. Bem podemos prever que ainda haverá muitas incidências da noção de pessoa a trazer à luz, o que só os anos futuros – possivelmente já do futuro próximo – permitirão antever.

Não é nosso objetivo fazer uma sinopse desta longa evolução. Vamos fixar-nos na noção de dignidade, que é um dos nossos polos e que teve posteriormente tão grande aproveitamento.

Na origem próxima situa-se Kant. A sua filosofia crítica lança um véu de dúvida sobre a “razão pura” e as possibilidades desta de apreender a realidade. Todo o passado é deste modo posto entre parênteses, fazendo entrar a filosofia numa “crise” que se prolonga até aos nossos dias. Mesmo que se considere tratar-se duma crise de crescimento, manifestada no grande florescimento de escolas filosóficas.

Mas Kant, não obstante, colocava algo ao abrigo da sua própria crítica: a pessoa, que lhe aparecia como um dado irrecusável. Aprofunda por isso a noção de pessoa, surgindo então a contraposição que ficou célebre: as coisas têm preço, mas a pessoa tem dignidade.

Nasce daqui a referência generalizada à dignidade da pessoa, que calou fundo a partir desta reflexão. Generalizou-se este apelo, de tal maneira que como que se autonomizou a *dignidade* em relação à *pessoa* e se passou a referir sem mais esta dignidade quando se queria ancorar algo na pessoa. Aquela seria suficiente para explicar tudo. De modo que a dignidade se torna patrimônio comum e não especificidade ou dependência da filosofia kantiana ou qualquer outra.

Até hoje, a dignidade continua a ser o passaporte da penetração da pessoa nas considerações jusfilosóficas. Assimila o embate da visão subjetivista e mesmo egoísta dos direitos (que preponderam abertamente sobre os deveres), tornando possível um aprofundamento das várias



categorias de direitos. Unifica uma série de manifestações destes, desde os direitos naturais e os direitos inatos até outras figuras mais atualmente trabalhadas.

Hoje em dia, são básicas estas três constelações:

- os direitos humanos, como categoria a que prevalentemente recorrem a Filosofia do Direito e o Direito Internacional

- os direitos fundamentais, a que se dedicam em especial o Direito Constitucional e a Ciência Política

- os direitos de personalidade, que são objeto mais próprio das leis civis. Estes cabem portanto ao Direito Civil.

Neste sentido: é claro que estes direitos só se compreendem como direitos da pessoa. Mas o ramo do Direito que está em condições de os estudar com maior pureza é o Direito Civil. O Direito Internacional não pode abstrair das relações interestatais de força e de influência; e o Direito Constitucional, da problemática do poder político, e também do fato de estar particularmente focado no estatuto do cidadão. Só o Direito Civil pode atender à pessoa em si, sem desvios derivados de preocupações diversas.

Por isso o Direito Civil é o Direito Comum: continua a representar como tal um *legado do Direito Romano*. Mas é ainda, na nossa definição, o **Direito Comum do Homem Comum**, porque atende às situações próprias de toda a pessoa, independentemente de posições particulares que ocupe na sociedade. Esta caracterização dá ao Direito Civil condições únicas para aprofundar a categoria pessoa e trazer à luz tudo o que esta representa para a vida social e para o Direito.

No Direito Civil, e como que insensivelmente, foi-se difundindo a referência à pessoa, sobretudo através da fórmula consagrada da “eminente dignidade da pessoa humana”; e a esta fórmula se foi buscar a função de fundamento da ordem jurídica. Com uma amplitude tal que as soluções mais díspares, e até as contraditórias entre si, encontraram igualmente o seu suporte nesta referência autossuficiente.

Mas sendo assim, estão desenhados os dois possíveis fundamentos que nos propomos confrontar.

I – Temos por lado o fundamento clássico do Direito Natural, como modelo ou dever ser da ordem jurídica. Sofreu um empolamento que dificilmente encontrará hoje seguidores, com a “Iluminação” (*Aufklärung*) e o enciclopedismo, mas é uma linha que se mantém sempre. Diríamos apenas que hoje estaria em época de relativo desfavor.

II – Temos por outro lado a “dignidade da pessoa

humana”, transformada em fundamento das soluções jurídicas. É, pelo contrário, um fundamento em ascensão. Recebe uma adesão relativamente espontânea, porque não é fácil que alguém se declare contra a dignidade da pessoa humana ou sequer que a ponha em causa como fundamento de soluções jurídicas.

Mas justamente esta coexistência dos dois fundamentos atualmente mais significativos nos impele ao confronto e à revisão que é o objeto deste trabalho. Como se compatibilizam ou hierarquizam, ou pelo contrário mutuamente se repelem?

Isto vai-nos obrigar a uma análise de cada orientação, por ser condição de um caminho ou encontro que possamos lograr no final.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA DO JURACIONALISMO

O Direito Natural, em palavras pobres, pretende representar um modelo que se imporia ao próprio legislador. Seria assim, mais que concepção ideal, uma condição de validade do Direito positivo. Parece ser esta uma síntese que engloba as escolas mais significativas de Direito Natural.

Mas estas escolas são ainda muitas: não temos a preocupação de as enumerar. Poderíamos encontrar Direito Natural na *República* de Platão ou na *Filosofia do Direito* de Hegel<sup>7</sup>. Mas não é nosso objetivo recapitular as várias orientações; é antes analisar os aspetos comuns, ou pelo menos dominantes.

O Direito Natural tem sido também asperamente criticado. Já não temos em vista a crítica proveniente de orientações gnoseológicas incompatíveis, como o neo kantismo ou as correntes apelidadas de pós-modernas: neste caso a rejeição é fatal, mas não poderíamos discutir os pressupostos de cada escola. O que nos ocupará serão as críticas de conteúdo.

No núcleo das críticas estará, pensamos, o imobilismo imputado ao Direito Natural. A afirmação de um núcleo de princípios aplicável em todos os tempos e lugares, como a que foi característica do enciclopedismo, é tida como inaceitável hoje em dia, perante a evidência das mutações e diversidades sociais: a uma sociedade dinâmica deverá corresponder um Direito evolutivo.

Esta crítica afigura-se-nos procedente: a variação social projeta-se num Direito necessariamente diversificado e mutável. Não pode o mesmo Direito essencial valer para a civilização romana como para a Idade Média ou para as sociedades tecnológicas contemporâneas. Por isso defendemos um Direito Natural de conteúdo variável. A

7. Sobre esta, veja-se a nossa Introdução à Ciência do Direito, 3.ª ed., Renovar, 2005, n.º 96. Os Princípios de Filosofia do Direito de Hegel têm tradução portuguesa.

cada sociedade corresponderia um Direito Natural diferente; que não obstante representaria o Direito que deveria ser, essencialmente, para aquela realidade social. E assim escrevemos: “A ordem natural (expressão que preferimos a Direito natural) está muito longe da intemporalidade e da a-historicidade do modelo jusracionalista. O que nos surge em primeiro plano é justamente a variabilidade da ordem natural. Se ele (o Direito natural) é a ordem duma sociedade, cada sociedade terá a sua; e a ordem natural de hoje não é igual à ordem natural de ontem”<sup>8</sup>.

Continua-nos a parecer que esta visão representa um grande progresso. A consciência do mundo em mudança, constitutiva do homem de hoje, comunica-se necessariamente à ordem essencial da sociedade. Leva os jusfilósofos a pesquisarem o presente e a estarem abertos ao futuro, não encarquilhando em formulações arcaicas, porque procuram sempre a correspondência à realidade coeva.

De fato, por oposição às sociedades estáticas que nos antecederam, passou a dominar, na chamada Idade Contemporânea, uma consciência muito viva da mudança como fator essencial das sociedades que fazem o nosso mundo. E se a sociedade é diferente, o Direito que lhe corresponde é diferente também. A afirmação dum Direito Natural imutável perdeu atrativo para as mentalidades contemporâneas.

Mas bastará esta revisão, por mais importante, para que o Direito Natural se venha de novo a impor?

A questão básica continua a assentar na possibilidade efetiva de traduzir a ordem essencial duma sociedade através de regras. É verdade que as regras atribuídas ao Direito Natural são apenas modos de expressão, que traduziriam o que corresponderia essencialmente a uma sociedade. Por isso estão sujeitas a toda a variabilidade se se chega a uma formulação equivalente ou mais perfeita. Também o estão se a evolução social impõe alterações ao próprio conteúdo das regras enunciadas.

Mas, como dissemos, mesmo a faculdade abstrata de determinar racionalmente a ordem jurídica essencial é posta radicalmente em crise a partir da crítica da razão pura de Kant<sup>9</sup>. As escolas filosóficas que se sucedem procuram de modo mais ou menos convincente fugir à “prisão kantiana”. Temos assim o hegelianismo, a filosofia dos valores, a fenomenologia, as orientações pós-modernas... A afirmação dum conteúdo substantivo que construiu o modelo natural do Direito vai ficando progressivamente

mais fragilizada e o Direito Natural acaba sendo posto de parte predominantemente.

Mas por estas orientações (com ressalva possivelmente do hegelianismo) deixa de se poder afirmar um conteúdo material que se imponha à sociedade. E essa é a grande diferença do Direito Natural: há sempre o repúdio do modelo clássico. E então, haveria que rever os pressupostos que estariam na base da formulação do Direito Natural.

A Filosofia dos Valores teve um contributo significativo. No que respeita ao Direito desenvolve valores como a Justiça e a Segurança e permite chegar a conclusões importantes. Mas de todo o modo não traça um Direito que se apresente como modelar, emite valorações, juízos formulados perante questões concretas. A formulação duma ordem natural está fora dos objetivos desta orientação.

Mas não haverá algo de mais fixo, que possa representar aquilo que, em cada sociedade concreta, se imponha absolutamente?

## 5. ANÁLISE CRÍTICA DA “EMINENTE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”

Outra corrente entrou na liça dos juristas, trazendo um fundamento diferente: a dignidade da pessoa.

A “dignidade da pessoa” vai ancorar na reflexão de Kant já assinalada; mas representa por outro lado a tomada de consciência pela nossa sociedade do significado fundamental da pessoa. Dá-se um passo, e um passo muito importante, na progressiva consciencialização da categoria da pessoa, que passa a ocupar, nas construções teóricas, o lugar central que merece.

Ora, à dignidade da pessoa foi dado um papel decisivo também para efeitos do fundamento da ordem jurídica – ou, se quisermos, para a fundamentação das soluções jurídicas. Não há a pretensão, que era própria do Direito Natural, de traçar um quadro modelar do “Direito que deve ser”, atendendo agora à dignidade da pessoa humana: o enciclopedismo foi profundamente desmotivador de novas tentativas nesse sentido. Mas a dignidade da pessoa, sucessivamente reafirmada, passou a ser invocada como a base das soluções jurídicas em que a pessoa possa estar implicada.

Este recurso foi sendo cada vez mais ampliado. Ao ponto de a dignidade da pessoa humana se tornar justificação suficiente para qualquer causa. O seu campo

8. Introdução cit., n.º 107 II.

9. Embora Kant, um tanto contraditoriamente, acabe por adotar uma exposição material própria na “Crítica do Juízo”, em que se aproxima afinal muito das posições dos enciclopedistas franceses, enunciando o modelo de estruturação que propõe para a sociedade.

de incidência ampliou-se. Sem que se sentisse em contrapartida grande necessidade de demonstrar que a dignidade da pessoa humana implicava efetivamente aquela solução. A dignidade, que é um atributo, passou a ser utilizada como uma substância.

Com isto, a “eminente dignidade da pessoa humana” ganhou o caráter de tropo retórico. Como resulta da própria expressão utilizada e mil vezes repetida. Porquê pessoa humana? Que outra pessoa poderia estar em causa? E porquê qualificar sempre como eminente, quando bem bastaria falar apenas na dignidade da pessoa?

Mais do que isso. Como a dignidade da pessoa serviu para tudo, passou a servir também para o seu contrário. Em relação por exemplo a questões sexuais, que dão um debate muito na moda, posições inteiramente antagónicas escudam-se igualmente com o fundamento na dignidade da pessoa.

O que nos leva forçosamente a refletir. Há alguma coisa que não está certa na invocação da dignidade da pessoa. Porque **se há que serve para tudo, então não serve para nada**. Acaba por se transformar numa fórmula vazia. À expressão enfática, a “eminente dignidade da pessoa humana”, corresponde cada vez menos um conteúdo definido.

Fizemos esta indagação no nosso *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*<sup>10</sup>. Verificamos a tendência para substituir conteúdos precisos por afirmações retóricas. Levando a um extravasar das categorias invocadas que embotam mesmo o sentido das afirmações feitas.

A pergunta que a nosso ver tem de ser colocada é esta: **por que é que a pessoa é digna?**

E a resposta só pode ser esta: **é digna porque é pessoa**.

Quer dizer: não tem nenhum conteúdo esgrimir com a “dignidade da pessoa humana” se se não tiver consciência do que representa a *pessoa*, que é o suporte daquela dignidade. E isso é muito pouco indagado, porque implica um aprofundamento da natureza humana que poucos estarão dispostos a empreender. É muito mais fácil ficar-se por frases que já não dizem nada.

Não podemos porém deixar de fazê-lo, dentro da brevidade compatível com esta exposição.

Diremos antes de mais que o homem é um ser com fins próprios. Para os atingir, o homem é dotado de

liberdade. E porque é livre, o homem é responsável pelo que constrói em si mesmo<sup>11</sup>.

Isto significa que o homem é um ser ético. É um ser que tem o encargo da sua própria realização. E é dotado da consciência moral, que lhe dá o critério das suas opções.

O homem é um ser social. Não apenas por viver em agregados, mas porque a sua realização se faz com os outros, pelos outros e para os outros. Ou, mais profundamente ainda – **através dos outros**.

A “civilização dos direitos” em que vivemos levou a existência humana ao extremo da mediocridade. Nela há sempre implícito um direito que se subentende, embora nem sempre se tenha coragem de o enunciar: o *direito à felicidade*. É difícil descortinar sequer o que justifica semelhante pretensão, mas exprime bem a sociedade da publicidade, da propaganda e da lisonja que nos envolve. Mas assim ignora-se a realidade ética do homem. Tudo se lhe oferece, mas na verdade tudo se vende. Será isto o que corresponde à “eminente dignidade da pessoa humana”?

Na civilização dos direitos, sob a capa da pessoa ou da sua dignidade, é ainda o indivíduo que se contempla. Aquele que surge perante nós, cheio de direitos e das respetivas reivindicações, tenderá a ser muito mais um obstáculo ou até um inimigo que um próximo com quem entramos em relação solidária na nossa realização pessoal. A liberdade mítica que se invocou, que só teria limite na liberdade dos outros, soa muito mais como uma declaração latente de guerra a quem seja obstáculo à felicidade a que temos direito – guerra que só será composta por armistícios localizados e precários.

Daqui resulta que uma certa mecanização da pessoa, escondida sob o manto pomposo da “eminente dignidade da pessoa humana”, leva muito mais a obnubilar a realidade da pessoa que a trazê-la efetivamente à luz. Ao recurso à dignidade da pessoa para fundar as mais diversas soluções jurídicas é imputável afinal este desvio.

Não se pense que com este nosso raciocínio pretendemos pôr em dúvida a dignidade da pessoa humana. Sobre essa dignidade escrevemos justamente: “Quem a não proclama? Mas a utilização é tão acrítica e promíscua que a palavra se desgasta. A dignidade perde o seu fundamento mais sólido e acaba por representar um conceito vazio. A evolução é perigosíssima, porque sem a noção substancial de dignidade da pessoa o centro de gravidade da ordem jurídica se perde. Não há que

10. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque (coordenação Jorge Miranda), vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Coimbra Editora (2010), 37-58; in ROA, ano 68 I, Jan/08, 97-124; in Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO, Osasco (São Paulo), ano 8, n.º 2, Jul Dez/08, 79-101; e in Bioética e Direitos da Pessoa Humana (coordenadores: Gustavo Pereira Leite Ribeiro e Ana Carolina Brochado Teixeira), Editora Del Rey (Belo Horizonte), 2011, 1-26, n.os 2 e 3.

11. E no seu tempo. Sobre a responsabilidade veja-se, sempre excelente, Castanheira

Neves, Pessoa, Direito e Responsabilidade, Rev. Portuguesa de Ciência Criminal 6 (1996), 9 e segs. Distingue duas teses (32 e segs.): “o responsável é a pessoa” e “a pessoa está investida de responsabilidade”. Observa a necessidade de distinguir o sujeito (o homem-sujeito) da pessoa (o homem-pessoa), o que não terá sido feito por Kant e Nietzsche: “O primeiro é uma entidade antropológica, o segundo é uma aquisição axiológica” (33).

12. Veja-se o nosso Prefácio a Diogo Costa Gonçalves, Pessoa cit., 22-23.

prescindir da noção de dignidade da pessoa, há que lhe restituir o sentido”<sup>12</sup>.

Insiste-se pois na pergunta fundamental: *por que é que a pessoa é digna?* E a resposta traz a justificação: *é digna porque é pessoa*. Há que aprofundar este caminho, para uma sólida fundamentação do Direito.

Juntemos então as duas pontas da nossa análise – a do Direito Natural e a da dignidade da pessoa – para encontrar o critério dessa fundamentação.

## 6. A PESSOA, COMO O FUNDAMENTO BASTANTE DO DIREITO

Vimos as críticas que um Direito Natural, como modelo objetivo de ordenação social, suscitava e como o pensamento moderno aceita mal a pretensão de um corpo de regras que se apresentasse como uma prefiguração, mínima que fosse, das instituições jurídicas.

Mas por outro lado, vimos que a fundamentação na “eminente dignidade da pessoa humana” é uma solução aparente, porque deixa justamente por explicar a causa da dignidade, que está na própria pessoa.

Procuremos então dar um passo em frente. Não nos movem pressupostos de escola jurídica-filosófica, que procuramos quanto possível que nos não condicionem, mas a preocupação de evitar fraturas escusadas.

A falta de atrativo do Direito Natural como corpo pré-figurado de regras explica-se de certa maneira, não só pelo confronto com manifestações menos felizes passadas, como pelo desfazer sucessivo do gregarismo social, que inicialmente anotamos. Ele contribuiu fortemente, mesmo quando não houve disso consciência, para o declínio de construções que assentavam antes de mais na estruturação do grupo.

A atenção generalizada passou pelo contrário a recair sobre os membros do grupo, colocando-os em primeiro plano. Isto se viu nos últimos séculos, os da “Idade Contemporânea”, pela vitória social do individualismo. Mas vimos também que concomitantemente a sensibilidade em relação à pessoa se foi acentuando, embora no meio de grandes dilacerações sociais. Isto poderia ter representado então uma alternativa.

Mas esta alternativa foi desperdiçada, permita-se-nos dizê-lo assim, no refúgio fácil e oco numa “dignidade” da pessoa que se não aprofundava.

Então, há um caminho possível: é o de colocar em primeiro plano a pessoa, no seu significado ontológico, e não como mera manifestação individual do gênero humano. E à luz desta imagem orientadora, que progressivamente

se vai mais tornando uma base do pensamento ocidental, procurar quais as implicações para o Direito, que possam representar o fundamento deste.

A pessoa não é mero conceito formal. Não se reduz a um eleitor, a um transeunte, a um elemento estatístico, a um consumidor... Dela derivam exigências reais em relação às instituições coletivas. Ela é a justificação destas. Na frase de Hermogeniano, que contém uma intuição que vai muito além do que poderia exprimir na sua época, *omne ius propter hominum constitutum est*.

O pensamento moderno ganhou, nos seus pontos mais elevados, consciência do significado da pessoa e da sua real dignidade. Quando encontramos na primeira frase da Constituição Federal alemã: *Die Würde des Menschen ist unantastbar* (A dignidade da pessoa é intocável), temos uma manifestação do verdadeiro sentido da Pessoa, com a sua dignidade, que está na origem de toda a organização civil: é porque é Pessoa que não pode tolerar-se que seja violada ou ofendida.

Assim sendo, a Pessoa, na sua substância, é a âncora da fundamentação da ordem jurídica. Dá a legitimação do Direito: quer na incidência direta sobre as pessoas em si, quer na incidência sobre o enquadramento social que lhes cabe. Dela derivarão os grandes traços da expressão jurídica das pessoas e do lugar que ocupam na sociedade.

Por outro lado, como o homem vive necessariamente com os outros (e “através dos outros”), permite ainda orientar as bases das instituições sociais e políticas correspondentes.

Aquilo que se possa retirar da consideração da Pessoa para a construção do Direito global da sociedade é sempre um mínimo. Há que aceitar a diversidade dos entendimentos e a pluralidade das opções legítimas. O que se afirma como imposto pela natureza da Pessoa também está sujeito ao erro e à diversidade de entendimentos: é a condição humana. Mas isto não impede a necessidade da busca afinçada, do debate honesto de posições e da abertura a consensos na realização do possível.

Como orientação geral, impor-se-ia a substituição gradual da cultura formalista dos direitos pela cultura substancial da pessoa. Seria um enriquecimento da raiz, que poderia sanar o muito de fátuo a que assistimos na nossa situação contemporânea. Sabendo que nunca se encontra sociedade definitivamente reconciliada; e que o homem é chamado repetidamente a bater-se por objetivos e nunca a deliciar-se com os frutos da felicidade conquistada. Há melhor e pior: bom e definitivo nunca se encontra<sup>13</sup>.

13. Ou só o haverá em A Paz Perpétua de Kant, que Goethe considerou mais próprio para lápide funerária...

Na projeção destes princípios, surge-nos a necessidade de meditar as sociedades que os homens formam, sempre formaram e sempre formarão. Não são agremiados quaisquer, muito embora haja vínculos biológicos ou outros que atraiam as pessoas para os grupos. Na base, o que as caracteriza e distingue é justamente serem sociedades de pessoas. E sendo sociedades de pessoas as suas relações devem traduzir-se pela consciência da comunhão com os outros, tendo como alvo o “viver através dos outros” que referimos atrás. Sem angelismo: não esquecendo todas as sementes de mal e da dissídia que se abrigam no coração humano. Mas procurando traçar uma ordem social quanto possível dirigida a levar os membros da comunidade à sua própria realização; e com isto a contribuir para a sociedade, reduzindo o encrespamento que amarga sempre as relações humanas.

Surge aqui um aspeto fundamental que não cremos poder omitir: a noção de bem comum. Exprime tradicionalmente o bem da coletividade e com isto o bem de todos os que nela estão integrados. A noção é muito mais rica que outras que também se usam, como interesse coletivo, porque não traduz apenas interesses, aponta ainda valorativamente para um bem das pessoas que é desta maneira prosseguido. De fato, está em causa um bem de que cada pessoa é simultaneamente destinatário e artífice, porque é um bem de que participa e de que simultaneamente é responsabilizado para com outros. Quer esse bem surja nas relações interpessoais, quer se manifeste em deveres para com a comunidade sem referência a pessoas determinadas: é sempre o bem comum que está em causa, trazendo unidade moral àquele agregado de seres conscientes, autônomos e responsáveis.

Com isto estamos retificando algumas posições que havíamos tomado. Desenvolvemos o tema em particular na nossa *Introdução à Ciência do Direito*. Não repudiamos propriamente quanto escrevemos, mas cremos que há um ponto de abordagem mais frutuoso que o então adotado. Que nos afasta simultaneamente das nuvens que pairam sobre várias escolas de Direito Natural.

Hoje, pensamos que a análise realizada em torno da pessoa nos dá todo o apoio de que carecemos para encontrar o fundamento do Direito. A pessoa, como nos aparece na sua realidade ontológica, é um ser cuja essência e realização o Direito serve. É ao mesmo tempo caracterizada necessariamente pela sociabilidade, pelo “estar com os outros” – através dos outros –, com o enquadramento institucional correspondente. A noção de pessoa é tão rica

que nos dá toda a base de partida necessária para a busca do fundamento do Direito.

Repare-se: nada tem de estranho ou de suspeito que se recorra à natureza para fundar as soluções jurídicas. Sabendo que a *natureza* que se invoca não é a realidade exterior cega aos valores, como a que é objeto das chamadas Ciências da Natureza. É antes a essência dos seres; no caso, escrevemos, que “corresponde antes de mais à natureza da sociedade, fenômeno cultural, e do homem como elemento primário da sociedade”<sup>14</sup>. O termo e a pesquisa continuam a ter plena justificação, sendo acolhidos por autores de ponta. Assim, Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet, em estudo recente, citam um dos grandes juristas germânicos contemporâneos, Peter Häberle, que escreve que “a dignidade é *inata* à existência humana, constitui sua *natureza* de ser humano. Mas também, e porém, constitui *cultura*...”<sup>15</sup>.

Apenas variará o ângulo de incidência. A busca já não será tanto a de um sistema (no caso, um sistema de Direito Natural), mas a da solução de questões fundamentais da pessoa no ordenamento jurídico. A preocupação sistemática fica esfumada. Mas não é de excluir que a acumulação de meditações parcelares provoque uma tendência de apresentações globais, mesmo que o ponto de partida tenha sido predominantemente tópico.

14. *Introdução à Ciência do Direito cit.*, n.º 105 II.

15. Veja-se, daqueles autores, Dignidade (da pessoa) humana, direitos humanos e fundamentais e ensino jurídico: algumas aproximações, in “Direitos Humanos e Formação Jurídica”, coord. Nalini, J.R. / Angélica Carlini, Gen / Forense, 2010, 396 s. (411).

# A IDONEIDADE MORAL COMO PRESSUPOSTO DE INSCRIÇÃO NA OAB

**Gustavo Henrique de Brito  
Alves Freire**

Advogado – OAB/PE nº 17.244  
Conselheiro Seccional da OAB/PE

## OBJETIVO / LINHAS GERAIS

Tendo sentido na prática esta necessidade, e não encontrando doutrina substancial e específica a propósito, resolvi iniciar um despretensioso, porém, interessado estudo focado na questão da idoneidade moral enquanto pressuposto obrigatório de inscrição do bacharel como advogado, ex vi do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

O material se destinava, em princípio, à utilização como fonte de subsídio doutrinário e jurisprudencial para processos em trâmite perante a Comissão de Seleção e Inscrição (CSI) da OAB Pernambuco, de que faço parte.

No entanto, e como é do meu feitio, encaminhei-o eletronicamente para uma série de companheiros de gestão da OAB, em busca de luzes e complementos capazes de efetivamente enriquecê-lo e torná-lo merecedor de leitura, e foi quando recebi do Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia Ruy da Costa Antunes, Ronnie Preuss Duarte, a sugestão de transformar o aludido material em artigo para aproveitamento (por generosidade de Ronnie, bem mais do que pela qualidade do texto) na Revista ADVOCATUS, editada pela ESA.

Deixo, ao concluir esta introdução, a esperança de ao menos provocar um bom debate a respeito, considerando-se, repito, a escassa literatura disponível no momento.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

À exceção (relativa) das obras que se voltam a comentar, artigo por artigo, a Lei nº. 8.906/94 (EAOAB), o fato é que não encontramos, ao cabo de insistente

procura, material doutrinário específico abordando a figura da idoneidade moral como exigência de inscrição na OAB.

Obviamente, trabalhos que se destinam a comentar a integralidade de uma peça legislativa da importância do Estatuto da OAB, como de resto se passa com os seus congêneres em relação a outras normas codificadas, e aqui cito obras de comentários ao CDC, ao Código de Trânsito e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dificilmente têm condições de se aprofundar em cada um dos assuntos que inspiram abordagem no contexto mais amplo. Com a idoneidade moral enquanto exigência para inscrição na OAB não é diferente.

Daí a premência de tentar reunir com algum aprofundamento o que há escrito a respeito da matéria, com vistas a melhor orientar, subsidiar e nortear a elaboração de pareceres e de votos em pedidos de inscrição no âmbito da Seccional Pernambucana da OAB, a cujo quadro de Conselheiros honrosamente pertencço.

## O TEMA PROPRIAMENTE DITO

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, *moral é vocábulo derivado do latim moralis, significando “a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade”* (in *Vocabulário Jurídico*, 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 930).

Como adverte **EDUARDO C. B. BITTAR** (in *Curso de Ética Jurídica – Ética Geral e Profissional*, São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 25), “o direito pode caminhar em consonância com os ditames morais de uma sociedade, assim como andar em dissonância com eles. Na primeira hipótese, está-se diante de um direito moral, e, na segunda, de um direito imoral. Essas expressões bem retratam a pertinência ou impertinência do direito com relação às aspirações morais da sociedade”.

Nessa lógica de raciocínio, mesmo que se esteja diante do direito imoral, ainda assim ele é direito, e, como direito, é oponível socialmente, logo, obriga, deve ser cumprido e sujeita o indivíduo a sanções pela inobservância dos seus mandamentos. “(...) o direito imoral

é tão válido quando o direito moral. Este, no entanto, é mais desejável, pois em sua base de formação se encontra o consentimento popular, ou seja, o conjunto de balizas morais de uma sociedade, refletindo anseios e valores cristalizados de modo expressivo e coletivo” (BITTAR, op. cit., pág. 26).

O direito moral, além de válido, possui um algo mais que é, precisamente, o que o corrobora como prática social, isto é, ele possui sentido, o que já não se dá com o direito imoral.

O certo é que, ainda nos dizeres de BITTAR, “(...) a moral se caracteriza por uma série de dados (espontaneidade, consciência, unilateralidade, conduta interior...) que a faz algo distinto do direito (coercitividade, bilateralidade, heteronomia, atributividade...)” (op. cit., pág. 28).

Por sua vez, *idoneidade*, que deriva do latim *idoneitas*, de *idoneus* (*apto, merecedor, capaz*) significa para **DE PLÁCIDO E SILVA** (op. cit., pág. 694) a boa reputação ou o bom conceito em que se tem a pessoa, equivalendo à própria fama.

Moralmente idôneo, assim, pode-se considerar todo aquele indivíduo de reputação honesta, virtuosa, que desfruta de bom conceito no meio em que vive.

Transportando-se esta noção para os domínios da advocacia, chega-se uma vez mais aos ensinamentos de **BITTAR**, quando pontua que “(...) o advogado é mensageiro e representante jurídico da vontade dos cidadãos. Em atividade judicial, representa, funciona como intermediário de uma pretensão diante das instituições às quais se dirige ou perante as quais postula; em atividade extrajudicial, aconselha e assessora, previne” (pp. 386/387).

E prossegue o referido autor: “(...) mesmo enquanto profissional autônomo, ao advogado incumbe o ‘munus’ público de conferir à população acesso aos seus próprios direitos” (pág. 387).

Complementarmente, extrai-se de **GISELA GONDIN RAMOS**, em sua obra *Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Seleccionada*, 4ª edição, Editora OAB/SC, citando **RAFAEL BIELSA**, a seguinte definição para a locução *idoneidade moral* (pág. 212):

“e) *Idoneidade moral* – Segundo **RAFAEL BIELSA**, ‘o atributo do advogado é a sua moral. É o substratum da profissão. A advocacia é um sacerdócio; a reputação do advogado se mede por seu talento e por sua moral’.

E diz mais a mencionada autora (pp. 213 e 573):

“Não há dúvidas, pois, da importância do requisito da idoneidade moral, que, a par de interessar a cada um individualmente, destaca-se muito mais pelo interesse da classe como um todo, já que qualquer ato praticado em desrespeito a este reflete-se inexoravelmente em desprestígio da própria advocacia, e nos atinge a todos, indistintamente”.

“(...) a declaração de inidoneidade moral é, dentre todos os atos inseridos na competência do Conselho Seccional, aquele que, pela própria repercussão, deve se cercar dos maiores cuidados, de molde a garantir a total isenção nas deliberações, resguardando-se, por todas as formas, da possibilidade de influência, por menor que seja, de componentes arbitrários”.

No que se aplica ao Conselho Federal da OAB, este, há tempos, já fixou o entendimento e a orientação no sentido de que “a inidoneidade moral há de ser aferida objetivamente, no cotejo de atitudes e comportamento da pessoa, em relação aos padrões morais da sociedade” (Revista da OAB – Conselho Federal, nº. 65, jul./dez./97, pág. 168).

Arremata, então, **GISELA GONDIN RAMOS** (op. cit., pág. 574):

“Desta forma, trata-se de ato administrativo vinculado, cuja fundamentação é imprescindível, sob pena de nulidade, e para o qual o Estatuto exige, justamente pela sua importância, a deliberação por, no mínimo, dois terços do Conselho, considerado em sua composição total, e não apenas daqueles presentes à sessão (art. 8º, § 3º)”.

A discussão remete, ainda, a **MAURICE GARÇON**, na sua obra *O Advogado e a Moral*, aqui citada por **GISELA GONDIN RAMOS** (pp. 212/213), na quadra histórica em que o ilustre jurista francês consignou que “a autoridade de que o advogado desfruta deve estear-se numa moralidade intransigente; é somente quando a sua pessoa e o seu caráter forem inatacáveis que o advogado será respeitado e poderá exercer plenamente a sua missão. Não deve contentar-se em ser honesto, deve ser excessivamente escrupuloso”.

Não se desviando dessa mesma linha, vale igualmente a menção a **PASQUIER**, a quem, por sua vez, se refere **GARÇON**, no instante em que o primeiro deles, quando da inscrição de seu filho nos quadros da Ordem dos Advogados da França, lhe disse: “A missão do advogado é persuadir. O advogado deve ter em vista persuadir os juízes e estes persuadem-se mais facilmente pela palavra de quem

*tenham na conta de homem de bem”.*

O fato principal do qual não se pode desgarrar o Conselho Seccional defrontado com suscitação do gênero encontra a sua melhor síntese em **GISELA GONDIN RAMOS** (pág. 214):

*“O conceito, por certo que é subjetivo, depende de uma avaliação consciente a ser feita caso a caso, pelo Conselho competente”.*

Não por acaso é que, por competir à OAB, nos termos da Lei nº. 8.906/94, o direito/dever de zelar pela qualidade dos seus inscritos, e por ser a advocacia revestida de tamanha importância social, necessário que a entidade que congrega a classe exija, inclusive, dos que nela pretendam inscrever-se, a comprovação do requisito da idoneidade moral.

A Primeira Câmara da OAB/PE tem decidido, como faz prova o item 11 da ata de sua 95ª sessão ordinária, realizada em março/2012, o seguinte (*processo da relatoria do ilustre Conselheiro Fábio Porto Esteves*):

*“(…) há situações em que a OAB pode indeferir a inscrição de um interessado, mesmo que não exista ação penal. Ou, ainda que existindo, sem que tenha sido prolatada sentença. Contudo, nesses casos, reclama-se, ao menos, tenha havido uma auditoria do Tribunal de Contas ou um processo administrativo, cuja conclusão fosse pela existência de irregularidades. É dizer, para que seja instaurado o processo de inidoneidade moral ou para que se rejeite o pedido do postulante, é preciso que exista um conjunto probatório mínimo”.*

A idoneidade moral, por conseguinte, abarca o conjunto de virtudes ou qualidades morais da pessoa que faz com que ela seja bem conceituada na comunidade em que vive, decorrência do retilíneo cumprimento dos deveres e dos bons costumes.

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), em seu art. 8º, inc. VI, inclui como requisito necessário para a inscrição nos quadros da entidade a idoneidade moral.

Segundo **PAULO LÔBO**, nos seus *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 6ª edição, Saraiva Editora, 2011 (2ª tiragem), trata-se de “conceito indeterminado (porém determinável), cujo conteúdo depende da mediação concretizadora do Conselho competente, em casa caso”.

E prossegue: “De maneira geral, não são

*compatíveis com a idoneidade moral atitudes e comportamentos imputáveis ao interessado, que contaminarão necessariamente sua atividade profissional, em desprestígio da advocacia”.*

Cabe salientar que, para a aferição da idoneidade moral, o Conselho da OAB não está condicionado a uma decisão de natureza criminal, se houver processo penal em curso, na medida em que as instâncias judicial e administrativa não se confundem. Neste sentido, o seguinte precedente do CFOAB:

*“A apuração de inidoneidade moral independe de trânsito em julgado de decisão judicial em processo criminal” (Recurso nº 2011.08.01249-05, 1ª Câmara, j. 23.08.2011, DOU de 08.11.2011).*

Também sobre este aspecto do assunto, **JOSELITO ALVES BATISTA** em artigo para o site **JUS NAVIGANDI** ([www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)):

*“Se houvesse a necessidade da OAB esperar o trânsito em julgado da eventual sentença condenatória para declarar ou acatar a suscitação de inidoneidade moral perante ela, os primeiros (inciso XXVII) que são afastados ou impedidos de se inscreverem de plano, mediante decisão do Conselho Seccional da OAB sofreriam tratamento desfavorável em relação aos segundos (inciso XXVIII). A desigualdade de tratamento fica patente na medida em os segundos (inciso XXVIII) somente pudessem ser afastados ou impedidos de se inscrever com o trânsito em julgado da eventual sentença penal condenatória” (BATISTA, Joselito Alves. IDONEIDADE MORAL PERANTE A OAB, EXIGIDA PELO INCISO VI DO ARTIGO 8º DA LEI Nº 8.906/1994. Jus Navigandi, Teresina-PI, ano 15, n. 2409, 04/02/2010. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/14306>. Acesso em 15.05.2012).*

Anota, ainda, **PAULO LÔBO**, que “o que emerge do § 4º do art. 8º é a presunção legal da inidoneidade, quando houver condenação criminal transitada em julgado, sem prejuízo de investigação própria da OAB enquanto ela não se der” (op. cit., pág. 105).

A suscitação da inidoneidade moral perante a OAB pode ser feita por qualquer pessoa que tenha conhecimento dos fatos desabonadores da conduta do requerente à inscrição, porém somente pode ser declarada pelo Conselho Seccional na forma do § 3º, do artigo 8º, ou seja, por no mínimo dois terços do todo o Conselho. É uma norma que tem por escopo proteger o próprio suscitado, procurando afastar o espírito de emulação ou de competição deletéria.



**O quórum mínimo do Plenário do Conselho Seccional ou órgão especial correspondente para decidir sobre a inidoneidade é o de 2/3 (dois terços) de todos os seus membros (CFOAB, Processo nº 4.635/95/PC).**

Não fosse isso o bastante, exige-se ainda a abertura de procedimento incidental e prejudicial da decisão, em que se assegure o amplo direito de defesa, instaurado mediante representação dos interessados ou de ofício pelo próprio relator ou órgão da OAB competente para decidir sobre a inscrição, observado, ainda, o que dispõe o art. 52, do Código de Ética e Disciplina da OAB (CFOAB, Processo nº 4.635/95/PC, DOU de 13.09.1995, pág. 39325).

Com relação à previsão do EAOAB de que fica caracterizada a inidoneidade moral dos condenados por *crimes infamantes*, salvo reabilitação judicial, os crimes infamantes são os mencionados, na esfera normativo-disciplinar, pelos arts. 8º, § 4º, e 34, inc. XXVIII, da referida Lei. Infamante seria o crime que, devido aos meios empregados e às circunstâncias em que se realizou, ocasiona no meio social uma reprovabilidade maior manifestada sobre o autor do crime e que o desonra, rebaixa e avilta, principalmente levando-se em conta os motivos que levaram o agente a delinquir e que causam repulsa.

Portanto, são considerados *infamantes* os crimes que terminam por repercutir negativamente sobre a dignidade da advocacia, na medida em que atingem à imagem dos profissionais que se conduzem de maneira ética e séria.

Crimes como os de calúnia, difamação e injúria, quando praticados por advogado, se enquadram como infamantes porque depõem gravemente contra a honradez, atributo indispensável à atividade jurídica. Os crimes ditos hediondos - *de excepcional gravidade seja na sua execução (quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete), quer no que diz respeito à natureza do bem jurídico ofendido ou pela especial condição da vítima* - são também considerados, presumidamente, como crimes infamantes.

Em suma: “infamar”, do latim “infamare”, significa “tirar ou procurar tirar a fama a (uma pessoa ou coisa personificada); difamar; desacreditar; vexar com infâmias; tornar-se infame, pelas más ações praticadas; desacreditar-se; perder a boa reputação; desonrar-se”.

Cumpra anotar, por fim, a observação de **RAUL HAIDAR**, advogado inscrito na OAB/SP, em artigo datado do ano de 2008 e publicado no site CONSULTOR JURÍDICO:

*“Quando o bacharel não mantém íntegro o seu bom nome, a sua idoneidade moral, não se lhe pode permitir a inscrição como advogado. Não se trata de pena de caráter perpétuo, pois, cumprida a pena, admite-se a inscrição caso o interessado seja judicialmente reabilitado”* ([http://www.conjur.com.br/2008-set-22/ninguem\\_advogado\\_idoneidade\\_moral](http://www.conjur.com.br/2008-set-22/ninguem_advogado_idoneidade_moral)).

Com relação à jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, dois arestos que auxiliam na compreensão da amplitude que o Poder Judiciário, quando instado a manifestar-se, empresta ao aspecto da idoneidade moral à luz do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, em combinação e cotejo com o princípio constitucional da presunção de inocência:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. IDONEIDADE MORAL. AÇÃO CRIMINAL. - A Lei 8.906/94, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, exige, no art. 8º, VI, idoneidade moral como requisito para inscrição como advogado. - No caso dos autos, entende a OAB-RJ que o autor responde a processos criminais, o que colocaria em dúvida sua idoneidade moral, requisito para inscrição em seu Quadro de advogados. - No entanto, reza o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. - A Carta Magna consagra o princípio da presunção de inocência, motivo por que, no caso dos autos, não há que se admitir possa ser negada a inscrição do impetrante nos Quadros da OAB, ao argumento de que não satisfaz o requisito da idoneidade moral, por responder a processo criminal, quando a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado. - Nos termos do art. 44 da Lei 8.906/94, a OAB tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em todo o País. Portanto, como órgão disciplinador, tem o dever de zelar pelo exercício da classe, competindo-lhe, em caso de suspeita de irregularidade praticada por qualquer advogado, tomar as providências cabíveis nos termos de seu Estatuto. - Vindo a ser confirmada, a final, a condenação do impetrante, poderá a OAB-RJ cassar seu registro profissional, mantendo a integridade moral da entidade”* (TRF da 2ª Região, 6ª Turma Especializada, AMS 63673, Processo nº 2005.51.01.013548-7/RJ, Decisão: 17/05/2006, DJU de 19/06/2006, p. 193, Relator Desembargador Federal FERNANDO MARQUES).

*“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. NEGATIVA*

DE INSCRIÇÃO NA OAB/CE. EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL CONTRA O IMPETRANTE, PENDENTE DE JULGAMENTO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITO AO REGISTRO. 1. É írrito o ato administrativo que obsta o pedido de registro de bacharel nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, sob o fundamento da existência de processo criminal, ainda pendente de decisão, em que o ora Impetrante figura como réu. 2. Direito ao registro, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Remessa Oficial improvida. (...)" (TRF da 5ª Região, Terceira Turma, REO -83120, Processo nº 2001.81.00024591-4/CE, Decisão: 08/02/2007, DJ de 27/04/2007, p. 952 - nº 81, Relator: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO).

Do ementário do Conselho Federal da OAB, outrossim, compilamos estes outros precedentes, os quais adiante passamos a transcrever, cuja leitura torna claro ser desinfluyente para a caracterização da idoneidade moral no que alude aos pedidos de inscrição na entidade, o fato de não existir sentença condenatória, sequer transitada em julgado:

RECURSO Nº 2010.08.03997-05. Recorrente: L. S. S. C. (Adv.: João Carlos de Lucas, OAB/PR 2737. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Interessado: Marcelo Trindade de Almeida, OAB/PR 19095 e Outros. Relator: Conselheiro Miguel Eduardo Britto Aragão (SE). EMENTA PCA/011/2011. Pedido de Inscrição nos quadros da OAB/Paraná. A apuração de inidoneidade moral independe de transito em julgado de decisão judicial. Bacharel em direito que confessa a prática de ato delituoso contra sociedade de advogados que a empregava, tomando para si valores devidos a clientes e que responde a ação penal, já tendo sido envolvida em ocorrência policial anterior, embora prescrita, não preenche o requisito da idoneidade moral exigida no art. 8º, VI, da Lei 8.906/94, para concessão da sua inscrição no quadro de advogados da OAB. Inidoneidade reconhecida. Improcedência do recurso. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante Seccional da OAB/PR. Brasília, 21 de fevereiro de 2011. MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, Presidente da Primeira Câmara. MIGUEL EDUARDO BRITTO ARAGÃO, Conselheiro Relator. (D.O. U, S. 1, 24/03/2011 p. 151).

RECURSO Nº 2011.08.03730-05. Recte: D.S.G (Darcy

Silveira Gonçalves, OAB/RJ 80616). Recdo: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves (PE). EMENTA PCA/78/2011. PEDIDO DE INSCRIÇÃO SUPLEMENTAR NA OAB/SP - INIDONEIDADE MORAL - INSCRIÇÃO ORIGINÁRIA CANCELADA A PEDIDO (ART.11, I, DO EAOAB), COM O PROPÓSITO DE FRUSTAR A PENA DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO POR PRAZO INDETERMINADO - INSCRIÇÃO POSTERIOR NA OAB/RJ - OMISSÃO DE HISTÓRICO NA OAB/SP E FALSA DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE OCORRÊNCIAS CRIMINAIS - REABILITAÇÃO EM CONDENAÇÃO CRIMINAL - IRRELEVÂNCIA - NÃO ATENDE À CONDIÇÃO DE IDONEIDADE MORAL O ADVOGADO QUE, ATRAVÉS DE ARDIL, SE FURTA DO PODER DISCIPLINAR DA OAB, PRESTANDO DECLARAÇÕES FALSAS PARA OBTENÇÃO DE NOVA INSCRIÇÃO EM OUTRA SECCIONAL - RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO - INSTAURAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OFÍCIO PARA APURAR A REGULARIDADE DA INSCRIÇÃO DO ADVOGADO NA OAB/RJ. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da 1ª Câmara do CFOAB, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso e instaurar representação de ofício em face da OAB/RJ, nos termos do voto do Conselheiro Relator, que integra o presente julgado. Impedido de votar o representante da OAB/SP. Brasília, 14 de junho de 2011. Marcus Vinicius Furtado Coelho, Presidente. Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves, Relator. (D. O. U, S. 1, 13/09/2011 p. 130).

RECURSO Nº 2009.08.05222-05. Recte: A. M. (Adv.: Andrea Cristina Nogueira, OAB/RO 1237). Recdo: Conselho Seccional da OAB/Rondônia. Relator: Conselheiro Norberto Moreira da Silva (SP). Redistribuído: Conselheiro Antonio Pimentel Neto (TO). EMENTA PCA/80/2011. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISAO JUDICIAL. Servidor Público condenado em decorrência da ilegalidade da cobrança de tributo, emergindo a improbidade administrativa, não preenche o requisito da idoneidade moral exigida no art. 8º, VI, da Lei 8.906/94, para concessão da sua inscrição no quadro de advogados da OAB. Inidoneidade reconhecida. Improcedência do recurso. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 1ª Câmara do CFOAB, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator que integra o presente julgado. Impedido de votar o representante da Seccional da OAB/RO. Brasília, 5 de julho de 2011. Marcus Vinicius Furtado Coelho, Presidente. Antonio Pimentel Neto, Relator. (D. O. U, S. 1, 13/09/2011 p. 130).

RECURSO 2009.08.08704-05/SCA-STU. Rcte.: M.S.C.B. (Advs.: Cláudio Juarez Villanova Camboim OAB/RS 35153 e Outros). Rcd.: Conselho Seccional da OAB/Rio

*Grande do Sul. Rel.: Conselheiro Federal Francisco de Assis Guimarães Almeida (RR). Rel. para o acórdão: Conselheiro Federal Durval Julio Ramos Neto (BA). EMENTA 281/2010/SCA - STU. A idoneidade moral, mais do que uma condição de ingresso no quadro da ordem, é uma permanente exigência na vida do advogado, mas para excluir o advogado do exercício da advocacia é necessário o quorum qualificado de dois terços exigido pelo art. 38, Parágrafo único, do EAOAB, e art. 108 do Regulamento Geral. Recurso Conhecido e dado provimento para decretar anulação do julgamento proferido pelo Conselho Seccional com a realização de novo julgamento, observando o quorum legal. ACÓRDÃO: vistos, relatados e discutidos estes autos acordam os integrantes da 2ª Turma da Segunda Câmara do CFOAB, por maioria de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator para o Acórdão. Brasília, 16 de novembro de 2010. Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Presidente da 2ª Turma da Segunda Câmara. Durval Julio Ramos Neto, Relator para o Acórdão. (DJ. 21/12/2010, p. 42).*

*Consulta 2009.27.07887-01. Origem: Conselho Seccional da OAB/Goiás. Ofício nº 508/2009-GP, de 19.10.2009. Assunto: Consulta. Inscrição. Exigência de atestado firmado por advogados. Possibilidade. Existência de outros mecanismos e documentos hábeis para comprovar a idoneidade moral. Consulente: Conselho Seccional da OAB/Goiás. Relatora: Conselheira Federal Dinara de Arruda Oliveira (MT). Relator: redistribuído ao Conselheiro Federal Francisco Anis Faiad (MT). Ementa nº 0108/2010/OEP: "INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. ESTAGIÁRIO E/OU ADVOGADO. ATESTADO DE IDONEIDADE MORAL FIRMADA POR TRÊS ADVOGADOS INSCRITOS NA SECCIONAL. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE IDONEIDADE. ARTIGO 8º, INCISO VI, DO EAOAB. O estagiário ou o advogado que pretende inscrever-se nos quadros da OAB deve ter em seu favor o princípio da idoneidade moral. Compete à Seccional, de ofício, ou através da impugnação de qualquer pessoa, comprovar o contrário através de procedimento específico, onde se garanta o amplo direito de defesa e contraditório. A exigência de Atestado de Idoneidade Moral firmada por três advogados inscritos no quadro reveste-se de ato excessivo e burocrático". Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade, responder a consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 21 de junho de 2010. Alberto de Paula Machado - Presidente. Francisco Anis Faiad - Conselheiro Federal Relator. (DJ, 15.07.2010, p. 39).*

*Recurso nº 2008.08.08807-05. Recorrente: A. C. C. Advogado: Giancarlo Castelan OAB/SC 7.082. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator:*

*Conselheiro João Henrique Café de Souza Novais (MG). Ementa PCA/066/2009. A ausência do contraditório nas investigações preliminares realizadas muito antes do pedido de inscrição para os quadros da OAB não invalida os depoimentos tomados e nem autoriza a nulidade do procedimento que determinou a instauração do incidente visando a apuração de suposta inidoneidade; é a partir da formal instauração do incidente que terá início o processamento visando a apuração da inidoneidade, com todas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e, evidentemente, do contraditório. Não cabe ao Conselho Federal examinar a pertinência, ou não, da instauração do incidente tendente à apuração da idoneidade para o exercício profissional, mormente se há indícios de inidoneidade moral, uma vez que esta pode ser suscitada por qualquer pessoa, ex vi do disposto no Art. 8º da lei 8.906/94, cabendo ao Conselho apenas velar pela observância do devido processo legal. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante seccional da OAB/SC. Brasília, 17 de agosto de 2009. Cléa Carpi da Rocha, Presidente da Primeira Câmara. João Henrique Café de Souza Novais, Conselheiro Relator. (DJ, 30.10.09, p. 51).*

*"Idoneidade moral. Distinção e independência das esferas administrativa e criminal. Ementa: Instâncias administrativa e penal. Independência. Influência de uma sobre a outra. 2. Inscrição. Idoneidade moral e incontinência pública. Distinção de condenação criminal. Existência de fatos públicos. 3. Princípio da inocência. Restrições à aplicação no plano da inscrição na OAB. 4. Recurso provido" (Proc. nº 4.638/95/PC, Rel. Roberto Ferreira Rosas, j. 30.3.95, v.u., D.J. de 11.5.95, p. 12.984).*

*"Inidoneidade Moral. Necessidade do devido processo legal.*

*Ementa: Inidoneidade moral. Processo legal. 1. A declaração de inidoneidade moral depende de procedimento incidental e prejudicial da decisão, em que seja garantido o amplo direito de defesa, instaurado mediante representação dos interessados ou de ofício pelo próprio Relator ou órgão da OAB, competente para decidir sobre a inscrição, observado, onde couber, o disposto no art. 52, exceto o § 5º, do Código de Ética e Disciplina. Suspende-se a tramitação do processo de inscrição até que se decida sobre a inidoneidade. 2. Inteligência do art, 8º, § 3º, do Estatuto. 3. Compete ao plenário do Conselho Seccional ou ao órgão Especial correspondente, decidir pelo quorum mínimo de dois terços de todos os seus membros. Nulidade do processo, a partir da decisão recorrida. Nulidade do processo, a partir da decisão*

recorrida, inclusive” (Proc. nº 4.635/95/PC, Rel. Paulo Luiz Netto Lôbo, j. 8.8.95, D.J. de 13.9.95, p. 39.325).

“Inidoneidade moral. Prática ilegal da profissão. Ementa: Inscrição definitiva: pedido de reexame após indeferimento. Bacharel com inscrição de estagiário cancelada que pratica ilegalmente a profissão de advogado, respondendo inclusive a inquéritos policiais, não atende ao requisito de idoneidade previsto no art. 8º, VI, da Lei nº 8.906/94, em vigor por ocasião do presente recurso. Pedido de reexame a que se nega provimento” (Proc. nº 4.676/95/PC, Rel. Sônia Maria Rabello Doxsey, j. 4.9.95, v.u., D.J. de 24.10.95, p. 35.977).

“Inidoneidade moral. Ex-servidor da Polícia Federal. Demissão por contumácia de transgressões disciplinares. Ementa: Inscrição. Indeferimento. Falta de requisito de idoneidade moral para inscrição como advogado ex-servidor da polícia federal demitido por decreto presidencial “por praticar ato lesivo do patrimônio de pessoa natural, com abuso de poder, prevalecendo-se da condição de servidor policial e por contumácia na prática de transgressões disciplinares”. Tratando-se de processo administrativo cujo juízo não se vincula a processo judicial, é irrelevante a ausência de pena criminal ou administrativa como pressuposto do indeferimento do pedido de inscrição. Precedentes do Conselho Federal da OAB. Recurso improvido” (Proc. 005.042/97/PCA - RJ, Rel. Heitor Regina, j. 19.5.97, DJ 11.7.97, p. 32552).

“Inscrição definitiva. Idoneidade moral. Não comprovação em decisão por dois terços dos membros do Conselho Pleno da Seccional. Recurso improvido. Inscrição deferida ante atendimento dos requisitos previstos no art. 8º da Lei 8.906/94. A prova de inidoneidade atribuída a quem quer inscrever-se nos quadros da OAB, tem valor absoluto, incontroverso. Não admite expectativa de culpa. Se os fatos trazidos à colação não caracterizam a prática de atos legais, de forma dolosa e não suficientes para a configuração da inidoneidade, é de improver-se o recurso, mantendo a sentença recorrida, na íntegra” (Proc. 005.087/97/PCA-GO, Rel. Elena Natch Fortes, j. 20.10.97, DJ 09.9.98, p. 199).

“Declaração de inidoneidade moral. Infringência ao disposto no art. 8º, § 3º, da Lei nº 8.906. Decisão que se anula, por ilegalidade. A declaração deve ser proferida pelo quorum qualificado do Conselho Seccional competente” (Proc. nº 4.654/95/PC, Rel. Paulo Lobo Saraiva, j. 11.12.95, D.J. de 27.2.96, p. 4.431).

“Ementa 011/2002/SCA. Exclusão dos quadros da OAB por omitir, em processo de inscrição, ter sido penalmente

condenado em crimes de uso e porte de maconha. Requisito de Idoneidade Moral. O novo Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) somente considera inidôneo, para fins de inscrição, aquele que tiver sido condenado por crime infamante. Inteligência do § 4º do art. 8º, do Estatuto. Não sendo infamante o crime, não há de se falar em exclusão por inidoneidade” (Recurso nº 2.397/2001/SCA-SC. Relator: Conselheiro Clóvis Barbosa de Melo (SE), julgamento: 18.03.2002, por unanimidade, DJ 25.03.2002, p. 552, S1).

Interessante, ainda, observar o noticiário especializado a respeito, como mais uma fonte de reflexão, e, neste norte, fazemos menção às seguintes matérias jornalísticas:

## **ESTREIA NA ADVOCACIA STJ GARANTE INSCRIÇÃO NA OAB A JUIZ APOSENTADO**

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu a um juiz aposentado do Espírito Santo o direito de participar do quadro estadual da Ordem dos Advogados do Brasil. Seu pedido de inscrição havia sido indeferido pelo Conselho da OAB, que o considerou inidôneo para o exercício da advocacia por conta de um processo administrativo contra o magistrado.

Segundo os autos, o juiz advogou até outubro de 1981 e exerceu o cargo de juiz até outubro de 1999, data em que se aposentou voluntariamente. O pedido de inscrição junto à OAB-ES foi indeferido em março de 2002, sob o fundamento de não preencher o requisito atinente à idoneidade moral previsto no artigo 8º, parágrafo 4º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). “Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.”

A decisão da OAB foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que condicionou o exercício da profissão ao atendimento dos requisitos constantes do artigo 8º da Lei 8.906/94, que abrange o exame da idoneidade moral do bacharel. Para o TRF-2, o processo de inscrição nos quadros da OAB possui caráter vinculado.

O juiz recorreu ao STJ, argumentando que as provas utilizadas pela OAB foram irregularmente extraídas de processos disciplinares que tramitaram sob sigilo de Justiça, o que inviabiliza a sua utilização como prova emprestada. Sustentou, ainda, que o Estatuto da OAB estabelece critério objetivo para análise da idoneidade do bacharel (artigo 8º, parágrafo 4º) e que, como ele não foi sequer condenado pela prática de “crime infamante”,

com muito mais razão não poderia ser declarada sua inidoneidade moral para o ofício da advocacia.

Em um voto de mais de 25 páginas, o relator do recurso, ministro Luiz Fux, discorreu sobre doutrinas, legislações, precedentes e princípios da interpretação para concluir que, no Estado Democrático de Direito, o ato administrativo está subordinado ao princípio da legalidade (Constituição Federal 88, artigos 5º, II, 37, caput, 84, IV). A administração, portanto, não pode inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

Para o ministro Luiz Fux, a interpretação do disposto no parágrafo 4º, do artigo 8º, do Estatuto da OAB conduz à inarredável conclusão de que a inidoneidade, nesse caso, circunscreve-se à existência de condenação por crime infamante, fato que, evidentemente, não pode ser confundido com decisão proferida em procedimento administrativo disciplinar, consubstanciada na sanção de disponibilidade, sob pena de configurar crime de exegese.

Segundo o relator, apesar de o ordenamento jurídico não vedar o uso da prova emprestada na esfera administrativa, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a finalidade da Lei 8.906/94 é permitir aos profissionais do Direito, que preenchem os requisitos e, em especial, a idoneidade moral, a inscrição nos quadros da OAB, possibilitando-lhes o exercício da advocacia. Com informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça.

#### **Resp 930.596**

Revista **Consultor Jurídico**, 8 de janeiro de 2010

### **FALTA DE IDONEIDADE MAIS UM ADVOGADO É EXCLUÍDO DOS QUADROS DA OAB-RS**

Por perda da idoneidade moral e crime infamante, o advogado Erivelto Garcia Nunes foi excluído dos quadros da OAB do Rio Grande do Sul. O trânsito em julgado da decisão ocorreu em 31 de dezembro de 2010, com base com base no artigo 38, inciso II, combinado com o artigo 34, incisos XXVII e XXVIII da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia). A notícia é do site Espaço Vital.

Erivelto estava inscrito na Subseção de Tapes (RS). Dias depois do trânsito em julgado da exclusão dele, seu nome ainda apareceu numa intimação no Diário da Justiça Online.

Em seus quatro anos de gestão "OAB Mais", a

diretoria reeleita da OAB gaúcha excluiu dez advogados dos seus quadros. Na mesma linha, a entidade vem determinando a suspensão de dezenas de profissionais, cuja atuação não esteja de acordo com o Estatuto da Advocacia.

A única exclusão averbada na gestão anterior tinha ocorrido em novembro de 2002. Segundo o presidente Claudio Lamachia, "a Ordem permanece atenta e vigilante, não admitindo que seus inscritos tenham condutas que afrontem a ética na Advocacia".

A atual gestão tem reiteradamente sustentado que "é requisito indispensável para o exercício da profissão a idoneidade".

Há mais sete exclusões já aplicadas pelo Conselho Seccional do Rio Grande do Sul, mas as decisões pendem do julgamento de recursos já interpostos ao Conselho Federal.

Revista **Consultor Jurídico**, 24 de março de 2011

### **FALTA DE MORAL OAB NEGA REGISTRO DE ADVOGADO PARA PIMENTA NEVES**

Por Priscyla Costa

A seccional paulista da OAB negou nesta segunda-feira (17/11), por unanimidade, o pedido de registro como advogado do jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves. Formado em Direito há 35 anos, Pimenta Neves solicitou o registro depois que foi pronunciado por ter matado a também jornalista Sandra Gomide, sua ex-namorada. O crime aconteceu em agosto de 2000. Pimenta Neves fez a solicitação à OAB-SP em 2002.

Os conselheiros discutiram se Pimenta Neves seria ou não beneficiado pela Lei 59.060, de 10 de dezembro de 1973, que dispunha sobre inscrição na OAB. Por esta lei, hoje revogada pela Lei 8.906/94, ficariam dispensados do Exame de Ordem bacharéis em Direito que concluíram o curso até o ano letivo de 1973. Pimenta Neves se formou pela Faculdade de Direito Octávio Bastos e colou grau em 27 de março de 1973, mas não pediu sua inscrição na época.

O advogado de Pimenta Neves foi procurado, mas não foi encontrado.

A avaliação do pedido de inscrição de Pimenta Neves teve como base o artigo 8º da Lei 8.9076/94 (Estatuto da Advocacia), que estipula ser a idoneidade moral um dos requisitos para o bacharel obter inscrição na OAB e exercer a profissão de advogado. Outros requisitos são a capacidade civil, diploma, título de eleitor, aprovação em Exame de Ordem, não exercer atividade incompatível com a advocacia e prestar compromisso perante o Conselho da Ordem.

“A decisão do conselho seccional baseou-se em três pareceres: do conselheiro Fábio Marcos Bernardes Trombetti, enquanto membro da Comissão de Seleção e Inscrição da Ordem; do conselheiro relator, Euro Bento Maciel e da conselheira Ivette Senise Ferreira, que integra Comissão, coordenada por Hedio Silva Júnior. Todos os três votos foram pelo indeferimento da inscrição definitiva de Pimenta Neves nos quadros da OAB-SP, posição que os conselheiros acompanharam”, explicou Luiz Flávio Borges D’Urso, presidente da OAB paulista.

Segundo o parecer de Ivete Senise, a idoneidade moral de que trata o dispositivo do Estatuto da Advocacia faz um julgamento de cunho ético e não criminal. Os conselheiros levaram em conta se a conduta social de Pimenta Neves seria compatível com a dignidade da advocacia e se ele teria as condições adequadas para seu desempenho.

O jornalista foi condenado pelo crime de homicídio em maio de 2006. Inicialmente, a pena foi fixada em 19 anos e dois meses. O Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena para 18 anos de prisão porque o réu confessou o crime e decretou a prisão de Pimenta Neves. Ele conseguiu um Habeas Corpus e aguarda o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade. Em setembro, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar recurso contra a decisão que o condenou, decidiu que Pimenta deve cumprir pena de 15 anos de prisão.

Recentemente, Pimenta Neves foi condenado a pagar indenização de R\$ 166 mil para os pais de Sandra Gomide pelo abalo moral causado. A decisão foi assinada pela juíza Mariella Ferraz de Arruda Nogueira, da 39ª Vara Cível de São Paulo. Além da indenização, a juíza manteve parte do bloqueio dos bens de Pimenta Neves como forma de “salvaguardar terceiros de boa-fé, evitando que adquiram bens que possam estar ou vir a estar comprometidos em demandas judiciais contra seus titulares”.

### Pedido atrasado

Depois do assassinato de Sandra, Pimenta Neves foi à seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil com um pedido de inscrição. Na época, a entidade examinou a questão e vários advogados se manifestaram contra a concessão do pedido. Entre eles, o advogado Raul Haidar, que entendeu que Pimenta Neves não tinha idoneidade moral. Mas não houve decisão.

A idoneidade moral é um dos requisitos para que um advogado se inscreva na Ordem. O profissional precisa fazer uma declaração de que não existe nada contra ele e que seu nome está limpo. A OAB entende a declaração como documento verdadeiro. Depois que o pedido já existe, qualquer pessoa da sociedade civil pode se opor ao pedido, alegando que a pessoa não tem idoneidade moral. No caso de Pimenta Neves, a primeira pessoa a se opor ao seu pedido foi o advogado Paulo Guilherme de Mendonça Lopes. Ele encaminhou à Ordem representação contra o pedido do jornalista.

Priscyla Costa é repórter da revista **Consultor Jurídico**

Revista **Consultor Jurídico**, 17 de novembro de 2008

### PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA STJ DECIDE QUE RÉU EM AÇÃO DEVE PROSSEGUIR EM CONCURSO

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a eliminação de candidato em concurso público por responder a ações penais sem a sentença condenatória “fere o princípio da presunção de inocência”. O concurso promovido pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal eliminou um candidato na fase de investigação social por ele responder a duas ações penais e ter seu nome incluído em cadastro de serviço de proteção ao crédito.

O candidato havia passado na prova objetiva e no exame de aptidão física para o cargo de técnico penitenciário, mas foi desclassificado na fase de investigação de vida pregressa. Conforme os autos, ele respondia em uma ação por receptação qualificada e outra por crime contra a saúde pública e por formação de quadrilha. Ele entrou com recurso administrativo, mas os aprovados foram convocados em seguida para a última fase do concurso.

O candidato entrou com Mandado de Segurança no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Sustentou que não havia sido condenado e que as inscrições em cadastro negativo não poderiam determinar seu caráter inidôneo, pois refletiriam apenas “condições financeiras adversas”. Os desembargadores negaram o pedido, entendendo que “a idoneidade moral e a conduta ilibada” eram essenciais para o servidor que trabalharia diretamente com internos do sistema prisional. Os magistrados ressaltaram ainda que tal exigência constava no edital do concurso.

No STJ, a ministra relatora Laurita Vaz afirmou que a eliminação amparada em processos criminais que ainda não resultaram em condenação contraria entendimentos anteriores da corte. Laurita Vaz destacou também que o nome do candidato em cadastro de inadimplência é insuficiente para impedir o acesso ao cargo público, sendo a desclassificação nesse sentido “desprovida de razoabilidade e proporcionalidade”. A relatora citou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para dar apoio a sua tese e foi acompanhada pela maioria do colegiado. Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.

#### **RMS 30734**

Revista **Consultor Jurídico**, 20 de outubro de 2011

### **CONCLUSÕES**

O tema, como se pode facilmente perceber, desperta reflexões principalmente considerando-se a sua subjetividade, ainda que determinados balizamentos existam para o auxílio do intérprete do sentido da norma que, imbuído da honrosa função de Conselheiro, se vê às voltas com a incumbência de opinar, em pedidos de inscrição, se o respectivo interessado preenche, ou se não preenche, o requisito inafastável da idoneidade moral.

São esferas distintas a judicial e a administrativa, razão pela qual a não verificação de condenação transitada em julgado, na órbita do Poder Judiciário, não é determinante, menos ainda condicionante, da suscitação da inidoneidade moral no que importa à OAB.

Impõe-se, no entanto, redobrada cautela e extremada prudência nessa suscitação, uma vez que a pura e simples existência de um processo penal, civil ou administrativo, por si sozinha, não automaticamente é o suficiente para que se sugira ser o bacharel postulante da inscrição alguém moralmente inidôneo para tanto.

A avaliação é solitária do relator no âmbito da respectiva Comissão de Seleção e Inscrição, e, portanto, convém que se dê de maneira absolutamente serena, consciente e criteriosa, partindo-se da premissa de que a vida pregressa do postulante da inscrição não deve, em nenhuma medida, macular o bom nome, a respeitabilidade e a confiabilidade de que desfruta a advocacia – tirante um ou outro membro que degenera – aos olhos da sociedade.

Maio/2012

# A DEPRESSÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DOENÇA LABORAL

**Cristiana Marques dos Reis  
Guimarães.**

Advogada, com graduação concluída pela Universidade Católica de Pernambuco em 2010, Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Magistratura Trabalhista – ESMATRA – 2012.

## 1. INTRODUÇÃO

As doenças que podem ser desenvolvidas no meio ambiente de trabalho são um assunto de grande repercussão mundial, sendo mais comum encontrar entre elas: as Lesões por esforço repetitivo, conhecidas como LER, os distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, conhecidos como DORT e a depressão.

Devido ao fato do ambiente de trabalho ser um local propício ao desenvolvimento de tais doenças, todo homem que desempenha suas atividades profissionais em um ambiente laboral, deve ficar atento aos efeitos decorrentes da repetição de movimentos, pois independente da atividade desenvolvida, a postura é extremamente fundamental para a prevenção de doenças, tendo em vista que, executar a mesma função cotidianamente, dependendo das condições em que são realizadas, pode ser um fator de risco para o aparecimento de problemas físicos e, porque não dizer também, psíquicos.

As doenças por esforços repetitivos podem ser facilmente adquiridas em um local de trabalho que não seja dotado de mecanismos que visem evitar o desencadeamento dessas patologias, ou pelo menos neutralizar os riscos que contribuem para o seu desenvolvimento, podendo assim, atingir o trabalhador em decorrência da função exercida, por culpa ou dolo do empregador.

A depressão é conhecida como a doença do século e atinge cada vez mais um número maior de pessoas. A mesma pode ser desenvolvida no ambiente laboral devido às constantes mudanças tecnológicas, as

quais todos os trabalhadores estão sujeitos, bem como obrigados à adaptação célere, juntamente com o modo de vida estressante dos grandes centros urbanos. Para tanto, é necessária a adoção de medidas preventivas por parte dos empregadores, os quais devem sempre zelar pela saúde dos obreiros a eles submetidos, procurando garantir qualidade de vida no ambiente laboral, devendo haver atuação conjunta com os empregados.

É sabido que, para a depressão ser considerada oriunda do trabalho desenvolvido pelo empregado e este passe a fazer jus à devida indenização, é necessário que fique caracterizado onexo causal entre a doença e o labor, uma vez que, suas causas não são de fácil detecção. Na grande maioria das vezes, para se verificar o nexo de causalidade é necessário ser realizada perícia médica por um profissional especializado na área, para que o mesmo possa investigar de maneira minuciosa a relação entre o trabalho desempenhado e a aquisição da doença depressiva.

## 2. AMBIENTE DE TRABALHO

Como bem descreve Sergio Pinto Martins, Até o início do século XVIII, não havia preocupação com a saúde do trabalhador. Com o advento da Revolução industrial e de novos processos industriais – a modernização das máquinas –, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho. A partir desse momento, há necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente de trabalho em seus mais diversos aspectos, de modo que o trabalhador não possa ser prejudicado com agentes nocivos a sua saúde. O direito passou a determinar certas condições mínimas que deveriam ser observadas pelo empregador, inclusive aplicando sanções para tanto e exercendo fiscalização sobre as regras determinadas.<sup>1</sup>

Foi com a Revolução Industrial que surgiu a preocupação com a saúde dos trabalhadores, pois até então, as atividades desenvolvidas, não acarretavam prejuízos significativos aos mesmos. Como a revolução ocasionou o desenvolvimento do maquinário, com novos procedimentos de produção e inovações técnicas, começaram a aparecer novas doenças e acidentes, tendo em vista que houve consideradas transformações no modo de produção. Devido a isto, passou-se a estabelecer



condições mínimas a serem observadas tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, com a finalidade de combater as nocividades capazes de ameaçar o âmbito laboral, garantindo a salubridade do mesmo.

Com a Revolução de 1930, houve a criação do Ministério do Trabalho, percebendo-se que começou a surgir o interesse pela saúde do trabalhador, bem como pela sua segurança no ambiente laboral. Ainda neste mesmo ano, surgiram várias leis de proteção aos obreiros, as quais, em 1943 foram reunidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, que dedica o Capítulo V do Título II, a segurança e a medicina do trabalho, estabelecendo várias exigências visando à proteção da saúde ocupacional dos trabalhadores.

No entanto, não raro, em razão da grande concorrência, pressão exercida pelos superiores hierárquicos, influência de altas e modernas tecnologias, que exigem adaptação imediata, aliado aos agentes penosos, insalubres e perigosos, o local de trabalho acaba sendo afetado por doenças físicas e psíquicas, as quais geram impactos indesejáveis na saúde do homem, bem como na sua qualidade de vida.

Além do que foi exposto, é comum nos dias atuais que a classe patronal, tendo como preocupação principal o lucro da empresa, bem como os compromissos financeiros, não realize investimentos para prevenir os acidentes nos locais de trabalho e, com isso, acabe por deixar de lado a prevenção de riscos à saúde e à vida do trabalhador não tendo como foco um ambiente em condições satisfatórias para aqueles que nele trabalham diariamente.

Retrata o Procurador Regional do Trabalho Raimundo Simão de Melo:

... meio ambiente de trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual se desrespeitado, provoca a agressão a toda a sociedade, que, no final das contas é quem custeia a previdência social...<sup>2</sup>

Sabe-se que o ambiente de trabalho é o local em que o trabalhador passa a maior parte do seu dia, sendo de suma importância que seja um local sadio, livre de doenças, de infortúnios e bem adaptado para aqueles que nele laboram, pois é nele que desenvolvem atividades de acordo com as suas aptidões.

Convém lembrar, todavia, que não é apenas o empregador o responsável por manter um bom local de trabalho, como bem leciona Sergio Pinto Martins:

Os empregados devem observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções ou ordens de serviço quanto às precauções no local de trabalho, de modo a evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. Devem também colaborar com a empresa na aplicação das normas de medicina e segurança do trabalho. Considerando-se falta grave do empregado quando este não observa as instruções expedidas pelo empregador, assim como não usa os equipamentos de proteção individual que lhe são fornecidos pela empresa (art.158 CLT).<sup>3</sup>

A Carta Magna de 1988, em seu art. 200, VIII, ao dispor sobre a saúde, menciona entre as suas atribuições, a competência para colaborar com a proteção do meio ambiente do trabalho, restando claro que, caso seja degradante, além de prejudicar, demasiadamente, a saúde do obreiro, vai de encontro ao que determina a Lei Maior.

### **3. NORMAS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, consagra os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>4</sup>

Percebe-se que uma pessoa que desenvolve suas atividades em local de trabalho impróprio, que seja capaz de trazer-lhe prejuízos, sejam eles imediatos ou até mesmo futuros à sua saúde, independentemente da tarefa desenvolvida, contraria o disposto no art. 1º da

1. MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 621.

2. MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do trabalho e a Saúde do Trabalhador. 3º ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 27.

3. MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 622.

4. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> - Acesso em: 30 de maio de 2012.

Carta Magna. Assim, tal situação deve ser combatida e evitada tanto pelo empregador, quanto pelos obreiros, os quais são os maiores alvos.

Com relação aos direitos fundamentais expressos no art. 1º da CF/88, os quais são os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se destacar a dignidade da pessoa humana, princípio de caráter absoluto.

A dignidade da pessoa humana, por ser considerada um direito fundamental, deve ser estritamente preservada e respeitada, tanto fora quanto dentro do ambiente laboral, o qual deve ser um lugar adaptado para o trabalhador que nele labora, a fim de que possa lhe propiciar uma maior satisfação em relação a tarefa realizada.

Sabe-se, ainda, que o Estado brasileiro é capitalista, estando o desenvolvimento da economia do país intrinsecamente relacionado com o trabalho humano, isto é, com a atividade produtiva. Desta feita, conforme se depreende da leitura do caput do art. 170 da CF/1988: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”<sup>5</sup>, pode-se perceber que a dignidade humana é a base norteadora de toda a atividade econômica e de todos os outros princípios mencionados nos incisos do artigo em questão.

A própria Lei Maior, também estatui no art. 6º os direitos sociais e no 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Dentre os direitos sociais merecem destaque o direito à saúde e à segurança, os quais, assim como os demais, são de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, que deve sempre buscar melhorar as condições e qualidades de vida do cidadão, inclusive como trabalhador, no local da prestação do serviço.

Já quanto ao art. 7º, o mesmo se refere em seu inciso XXII, ao direito do trabalhador de ter os riscos inerentes ao trabalho reduzidos, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Estas normas precisam ser devidamente respeitadas, tanto pelo patrão quanto pelo empregado, para que possam gerar resultados satisfatórios, sendo ainda necessário, que haja fiscalização, por parte dos órgãos responsáveis, com a finalidade de verificar se as mesmas estão sendo cumpridas e postas em prática, adotando, conseqüentemente, as penalidades cabíveis, em caso de descumprimento de tais regras.

A palavra “trabalho” é vista pela Lex Max num sentido bastante amplo, não restrito apenas às relações existentes entre empregado e empregador, sendo o

primado do trabalho abordado como a base da ordem social do Brasil, objetivando o bem estar e a justiça social, conforme se depreende da leitura do art. 193 da CF/88:

A ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo o bem estar e a justiça sociais.<sup>6</sup>

Como bem sintetiza Norma Sueli Padilha:

Assim é que a Constituição considera o **trabalho** como um dos **fundamentos da República**, um valor social, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (art. 1º). Estabeleceu, ainda, que a ordem econômica deverá estar apoiada na **valorização do trabalho** (art. 170) e a ordem social terá como base o primado do trabalho (art. 193). O trabalho é também considerado um Direito Social (art. 6º) e a educação deverá estar voltada para o desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Tais disposições constitucionais nos dão conta das premissas básicas da dignificação do trabalho humano e sua primazia sobre a ordem econômica.<sup>7</sup>

O Título II, capítulo V da Consolidação das Leis Trabalhistas menciona especialmente a legislação protetiva do meio ambiente do trabalho, abordando do art. 154 a 201, a segurança e medicina do trabalho.

É preciso que haja efetiva diminuição ou até mesmo neutralização dos riscos que são inerentes ao trabalho e para tanto, há órgão dotado de competência para velar pela segurança e medicina do trabalho, sendo de atribuição específica da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) a fiscalização e inspeção nas empresas.

O empregador, juntamente com o empregado, deve adotar medidas que sejam cabíveis para manter um local de trabalho digno e seguro para o desenvolvimento das atividades diárias, sendo necessária a atuação conjunta da classe econômica e da classe trabalhadora. A esse respeito, a CLT, nos artigos 157 e 158, destaca:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança

5. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> - Acesso em: 26 jun. 2012.

6. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)

constitui%C3%A7ao.htm> - Acesso em: 17 jun. 2012.

7. PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 381.

e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Art. 158 - Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa <sup>8</sup>.

Ademais, há também as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, conhecidas como CIPAs, as quais são de composição paritária, com representante das empresas e dos empregados, tendo como objetivo principal prevenir as doenças e acidentes nos locais de trabalho.

A Norma Regulamentadora nº. 06 dispõe sobre os equipamentos de proteção individual, sendo considerado EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.<sup>9</sup> Segundo a CLT, no art. 166, cabe a empresa, sempre que for necessário, fornecer tais equipamentos aos empregados de forma gratuita, cabendo a estes fazer o uso correto dos mesmos, considerando-se ato faltoso a recusa injustificada do uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pelo empregador.

É interessante mencionar, que não basta colocar a disposição dos trabalhadores os EPIs, na medida em que tais equipamentos não eliminam por completo a nocividade contra a saúde e integridade física do empregado. É indispensável que se busque eliminar por completo ou pelo menos minimizar os riscos e infortúnios capazes de desencadear os acidentes e doenças no

âmbito laboral. Nos casos em que a concessão do EPI é necessária, também tem que haver a substituição periódica dos equipamentos, para que mantenham a sua funcionalidade.

Sobre o tema tratado, o TST editou a Súmula 289, com o seguinte teor:

Súmula nº 289 do TST

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.<sup>10</sup>

#### 4. A DEPRESSÃO COMO DOENÇA DO TRABALHO

Antonio Nunes Barbosa Filho, em sua obra *Segurança do Trabalho e Gestão Ambiental*, retrata que, nas últimas décadas do século XX vimos surgir relatos de afecções relacionadas às atividades laborais de duas naturezas que foram descritas como os males ocupacionais do século vindouro. Ao lado das questões relativas à saúde mental no trabalho, as então chamadas lesões por esforço repetitivo (LER) ganharam destaque na mídia em razão dos danos que acometiam certos trabalhadores...<sup>11</sup>

Atualmente, a depressão juntamente com o grupo das LER/DORT são doenças de grande disseminação mundial, atingindo as mais variadas profissões, sendo exemplos de doenças do trabalho, uma vez que, podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade realizada, sem que, necessariamente, tenha algum vínculo direto com certa profissão.

O trabalho repetitivo, bem como o burocratizado, mascara as possibilidades de criatividade do trabalhador, tendo em vista que, nada pode ser inovado. Corroborado com tal entendimento, o que dispõe o anexo da Instrução Normativa Nº 98/03 do INSS:

Há uma exigência de adequação dos trabalhadores às características organizacionais das empresas,

8. < BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro – RJ, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>> - Acesso em - 8 de julho 2012.

9. <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20\(atualizada\)%202010.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20(atualizada)%202010.pdf)> – Dispõe sobre EPI. Acesso em: 08 jul. 2012.

10. TST. Súmula 289. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-289](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289)>. Acesso em: 08 jul. 2012.

11. BARBOSA Filho, Antonio Nunes. *Segurança do trabalho e gestão ambiental*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 263.

com intensificação do trabalho e padronização dos procedimentos, impossibilitando qualquer manifestação de criatividade e flexibilidade, execução de movimentos repetitivos, ausência e impossibilidade de pausas espontâneas, necessidade de permanência em determinadas posições por tempo prolongado, exigência de informações específicas, atenção para não errar e submissão a monitoramento de cada etapa dos procedimentos, além de mobiliário, equipamentos e instrumentos que não propiciam conforto<sup>12</sup>.

Todos os fatores que contribuem para o desencadeamento de doenças no âmbito laboral devem ser combatidos. Devem-se respeitar os limites físicos e psíquicos dos trabalhadores, buscando sempre prevenir a ocorrência de acidentes e doenças, realizando para tanto, investimento e as devidas adequações dos obreiros ao local em que desenvolvem as suas atividades.

A depressão é a doença do século, muito mais comum do que se imagina, pois cerca de 10% a 25% das pessoas que se consultam com clínicos gerais apresentam tal patologia, estando a doença presente em todas as classes sociais, atingindo todas as idades, porém sendo mais comum entre os 20 e 40 anos, independente de ser homem ou mulher.

No ambiente laboral, o depressivo deixa de ter iniciativa para elaboração de suas tarefas diárias, perde a concentração para realizar seus trabalhos cotidianos, tem a capacidade reduzida para tomar decisões, mesmo que de suma importância, e até mesmo aquelas mais corriqueiras, mas também não menos relevante e acaba perdendo o interesse para desempenhar atividades até então realizadas com prazer e bastante satisfação. Tal fato fica extremamente claro e pode acabar gerando um isolamento daquele que apresenta a patologia e, com isso, contribuir para o desenvolvimento desta.

Segundo pesquisa do Ministério da Previdência Social, ao avaliar o número de afastamentos do trabalho, constatou-se que: “os transtornos mentais e comportamentais representaram mais de um terço dos casos entre 2000 e 2005 (percentual de 33,5%), ao lado dos distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). As áreas profissionais mais afetadas pelos transtornos do humor são: mercado financeiro, refino de petróleo, transporte ferroviário urbano e bancos comerciais”.<sup>13</sup>

O agravamento ou o desencadeamento da depressão tem como um dos fatores preponderantes o estresse, aliado ao assédio moral que o trabalhador possa estar sendo submetido, lembrando que, a exposição durante a jornada de trabalho, a humilhação e constrangimento constantes, acaba gerando transtornos psicológicos, acarretando danos à saúde física, como também mental do indivíduo, o qual, muitas vezes, pode acabar se tornando incapaz para desenvolver as suas atividades laborais.

O assédio moral não é novidade, mas apenas nos últimos anos foi reconhecida a sua vinculação com o trabalho, a importância do seu estudo e a sua inter-relação com o aumento das doenças físicas e emocionais dos trabalhadores.

As conseqüências do assédio moral no âmbito laboral não são nada satisfatórias, pois sabe-se que, o impacto gerado sobre a saúde do homem é negativo, em razão dos desgastes e alterações que são provocados, causando também problemas para as empresas, tendo em vista que, a prática do assédio moral, vai de encontro à ética laboral, demonstrando um claro descompromisso ético e violando o princípio das boas relações humanas no ambiente de trabalho, sem contar a violação da dignidade da pessoa humana, contrariando o preceito constitucional que garante o meio ambiente de trabalho sadio (art. 225 da CF/1988).

O sofrimento provocado em razão dessa situação acaba atingindo o equilíbrio nos locais de trabalho, afetando a saúde física e psíquica do obreiro. Tal fato contribui com o aumento de quadros depressivos, situação que acaba comprometendo a produtividade do trabalhador e a sua própria posição no ambiente de trabalho, face à exigência das empresas de alto rendimento e qualidade no desempenho das respectivas funções.

Desta feita, para combater o assédio moral no âmbito das empresas, e conseqüentemente a depressão, como também as demais doenças e acidentes oriundos dos locais de trabalho e com isso, contribuir com a redução dos mesmos, é importante que haja conscientização conjunta da classe patronal e obreira, sendo necessária uma atuação compartilhada. A primeira deve atentar para as formas, programas de prevenção e respeito às normas de segurança e saúde do trabalhador, enquanto que a segunda também deve atentar para as normas de segurança e fazer valer os direitos aos quais faz jus, buscando sempre a reparação pelos danos e agressões eventualmente ocorridos nos locais de trabalho,

12. BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 98, de 05 de dezembro de 2003. Dispõe sobre Atualização clínica das lesões por esforços repetitivos (LER) distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). Diário Oficial da União, Brasília – DF, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/38/inssdc/2003/anexos/IN-DC-98-ANEXO.htm>> Acesso em 26 jun. 2012

13. ESTRESSE no trabalho pode levar a depressão. Disponível em: <<http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=estresse-trabalho-levar-depressao>>. Acesso em: 10 de out. 2009.

reprimindo as condutas abusivas, para que ambas alcancem um local de trabalho sadio e higiênico.

Sabe-se que, a prevenção continua sendo a melhor saída para garantir o equilíbrio no ambiente laboral e combater a prática de condutas antiéticas e antissociais, as quais são contrárias aos costumes e à boa-fé. O ato de prevenir, aliado a um conjunto de mudanças que venham a ser praticadas pelos empregados e empregadores, tornam o combate à proliferação das doenças e acidentes nos locais de trabalho mais eficaz e contribuem com o ideal de local de trabalho seguro e equilibrado para aqueles que o freqüentam diariamente.

## 5. A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

Nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira:

O primeiro pensamento daquele que foi vítima de acidente do trabalho ou doença ocupacional é que deve procurar o INSS, em busca dos benefícios concedidos pela legislação do seguro de acidentes do trabalho. A grande maioria ignora que, além dos direitos acidentários podem ser cabíveis outras reparações devidas pelo empregador, de acordo com preceitos seculares da responsabilidade civil.<sup>14</sup>

Muitas vezes, além da indenização cabível e assegurada pelo INSS, o trabalhador goza de outras reparações que são de competência do empregador, tendo em vista que este, não raro, se descuida dos seus deveres de contribuir com um ambiente laboral apropriado e acaba concorrendo com o desencadeamento de doenças e acidentes, seja por dolo ou culpa, por ação ou omissão caracterizando o ilícito patronal. Isto gera o direito a reparação de natureza civil, passando o obreiro a fazer jus à indenização, garantido pela responsabilidade subjetiva, independentemente da cobertura acidentária, tendo em vista que, neste caso, a verdadeira causa do acidente não foi devido ao exercício do trabalho e sim, exclusivamente ao descumprimento dos deveres de competência do empregador.

A indenização que o trabalhador doente tem direito pode ser decorrente de danos morais ou materiais, sendo tal ação postulada perante o empregador. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, entende-se por dano moral trabalhista aquele que ocorre no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão de sua existência, envolvendo ainda, os dois polos da relação jurídica.<sup>15</sup>

Nos dias atuais, como a ação de indenização, seja ela por danos morais ou materiais, é vista por muitos como uma máquina de dinheiro, é de suma importância que seja analisado, cautelosamente, cada caso concreto, verificando se realmente ocorreu dano, que tenha comprometido a saúde do trabalhador e mereça a referida indenização.

Destaca-se que, valor de indenização baixo para empresas de grande porte, não serve como meio de estímulo para que as mesmas procurem melhorar a qualidade das condições de trabalho. Com a indenização não se pretende suprimir o passado e sim poder buscar meios para melhorar o futuro e punir o infrator, para que o mesmo não venha a cometer as mesmas ocorrências.

No caso da depressão, para que a mesma seja considerada como doença laboral e gere o direito a indenização, é extremamente necessário que fique configurado o nexos causal entre a doença e o trabalho realizado, para que o empregado depressivo tenha direito a receber os seus direitos previdenciários a que faz jus.

Segundo estatísticas da Previdência Social os transtornos mentais ocupam a terceira posição entre as causas de concessão de benefícios previdenciários. O levantamento dos dados aponta os ramos de atividade que apresentam mais casos de afastamento por transtornos mentais: extração de petróleo, atividades imobiliárias, transporte aéreo, captação, tratamento e distribuição de água e fabricação de produtos têxteis, levando a conclusão de que, dependendo da ocupação, os riscos aumentam. Somam-se ainda as freqüentes vítimas de assaltos no local de trabalho; bancários e comerciantes também figuram entre as categorias mais afetadas pelos distúrbios mentais, além dos profissionais de ensino e policiais.<sup>16</sup>

Percebe-se que, em qualquer profissão o homem está sujeito a ser atingido por doenças físicas ou psíquicas, incluindo a depressão. No entanto, para que esta seja caracterizada como doença laboral é necessário que se analise as suas peculiaridades e a relação com o trabalho que é desempenhado pelo indivíduo.

Não custa mencionar, que o acidente do trabalho ou doença ocupacional, para ser de competência da Justiça do Trabalho, deve ser originado da relação de trabalho existente entre empregado e empregador ou entre o trabalhador e o contratante, merecendo destaque, nesse sentido a Súmula Vinculante Nº 22 do STF, reconhecendo ser a competência da Justiça Obreira.

14. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTR, 2005, p. 66.

15. GARCIA, G.F.B. A depressão como doença do trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.31, n.120, p.86-94, out/dez. 2005.

16. TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v.73, n.05, p. 527-536, maio 2009.

## 6. CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente do trabalho se tornou mais efetiva após a Constituição Federal de 1988. A saúde do trabalhador pode sofrer diversos abalos, sendo de extrema relevância a adoção de medidas que possam tornar o ambiente de trabalho mais seguro e salubre.

Doenças como LER, DORT e depressão, são cada vez mais freqüentes, em vários ramos, sendo necessário o melhor planejamento das atividades laborais, a adoção de mobiliário e de equipamentos que possam minimizar ou neutralizar os riscos.

Nos últimos anos foi grande o avanço nas leis sobre medicina e segurança no trabalho. A proteção do meio ambiente, nele inserido o meio ambiente do trabalho, é dever de todos, como previsto na Constituição Federal, existindo na CLT um capítulo destinado às normas de proteção à segurança e saúde do trabalhador, as quais devem ser observadas de modo conjunto por trabalhadores e empregadores.

A dignidade da pessoa humana foi estabelecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e deve ser o núcleo central de interpretação do ordenamento jurídico.

A depressão foi reconhecida pelo Ministério da Previdência Social como doença do trabalho, sendo uma das suas causas o assédio moral no ambiente laboral. O empregador é diretamente responsável pelas ações dos que ocupam cargos de chefia e impõem aos subordinados alta carga de estresse, seja pela pressão por maior produtividade ou pela discriminação no trabalho.

O Brasil ainda necessita avançar no que respeita à prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Muitas empresas não cumprem a legislação sobre segurança e medicina no trabalho e há deficiência na fiscalização do respectivo cumprimento, face ao número reduzido de Auditores Fiscais do Trabalho.

Outro fator preocupante, é que não raro, para diminuir os custos das suas atividades, as empresas mantém quadro reduzido de empregados, exigindo dos obreiros jornada de trabalho muito além da que foi fixada pela CF/88, em seu Art. 7º, XIII, o que contribui muito para a propagação de doenças.

Percebe-se com clareza que, infelizmente, nos dias atuais existe um grande número de empregados, não só no Brasil, como em todo o mundo, acometidos de depressão, de doenças decorrentes de esforço repetitivo (LER/DORT), entre outras, o que acarreta imensa despesa aos cofres públicos, com o pagamento de inúmeros benefícios pelo Ministério da Previdência Social. As empresas também sofrem alta carga em virtude dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Estabelecido o nexo causal entre a doença/acidente e o trabalho e após a percepção do benefício acidentário pelo empregado, por exemplo, é

assegurada a estabilidade provisória no emprego, de acordo com o art. 118 da Lei 8.213/91.

Não há dúvida de que a prevenção é o único caminho para minimizar o grave impacto socioeconômico decorrente dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. A redução de ambos, passa pelo esforço conjunto de diversos segmentos da sociedade e, principalmente, da atuação compartilhada entre patrões e empregados.

A prevenção aliada às mudanças que devem ocorrer nas atitudes dos cidadãos e no âmbito das empresas, com o respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, contribuirão para mudar o perfil da saúde dos trabalhadores, com profissionais mais saudáveis, satisfeitos e seguros para desenvolver as suas atividades, possibilitando que os seus empregadores conquistem os seus objetivos, mas sem prejuízo da saúde e da dignidade dos seus empregados.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA Filho, Antonio Nunes. **Segurança do trabalho e gestão ambiental**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 263.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro – RJ, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>>.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 98, de 05 de dezembro de 2003. Dispõe sobre Atualização clínica das lesões por esforços repetitivos (LER) distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/38/inssdc/2003/anexos/IN-DC-98-ANEXO.htm>>.

**Estresse no trabalho pode levar a depressão**. Disponível em: <<http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=estresse-trabalho-levar-depressao>>.

GARCIA, G.F.B. A depressão como doença do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.31, n.120, p.86-94, out/dez. 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed., São Paulo, Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 3º ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 27.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTR, 2005, p. 66.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 381.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v.73, n.05, p. 527-536, maio 2009. [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20\(atualizada\)%202010.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20(atualizada)%202010.pdf) – Dispõe sobre EPI. Acesso em: 08 jul. 2012.

TST. **Súmula 289**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-289](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289)>. Acesso em: 08 jul. 2012.

# ALGUNS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO PENAL NO BRASIL (ORDENAÇÕES DE PORTUGAL) E DE TEXTOS PENAIIS BRASILEIROS. O PROJETO 236 DE 2012 DO SENADO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

## **Roque Brito Alves**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da UNINASSAU, Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco, Advogado. Membro da Comissão Especial de Estudos do Anteprojeto de Reforma do Código Penal da OAB/PE. Membro da Academia Pernambucana de Letras e do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano.

## **SUMÁRIO**

- 1 – As Ordenações Afonsinas (1446) e as Manuelinas (1521).
- 2 – As Ordenações Filipinas (1603).
- 3 – O Código Criminal do Império (1830).
- 4 – O Código Penal de 1890.
- 5 – Os Projetos de João Vieira de Araújo (1893) de Galdino Siqueira (1913), de Virgílio de Sá Pereira (1927-1928), de Alcântara Machado (1938).
- 6 – A Consolidação das Leis Penais de 1932.
- 7 – O Código Penal de 1940.
- 8 – O anteprojeto de Nelson Hungria (1963) e o triste destino do Código Penal de 1969.
- 9 – A vigente Parte Geral (Leis 7.209/84 e 9.714/98): inovações perante o texto de 1940.

## **COMENTÁRIOS SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO PROJETO DO SENADO DE UM NOVO**

## **CÓDIGO PENAL (2012)**

### **SUMÁRIO**

1 – A dúvida sobre a estrutura normativa dos Códigos Penais modernos (a mesma dos diplomas penais do século 19) como eficaz em relação à criminalidade do Século XXI. A consulta e as respostas dos Mestres Roxin (Claus) e Zaffaroni (Eugênio Raul)

A inutilidade de uma política criminal predominantemente repressiva.

Constitucionalização do Direito Penal e não Penalização da Constituição. O princípio da legalidade dos crimes e das penas. O Garantismo Penal.

2 – Observação: O curto período de 7 (sete) meses de elaboração da reforma penal e os anos de redação de diplomas penais europeus

3 – Análise de alguns aspectos da reforma:

1) Sobre a punição por homicídio do coautor ou participe do infanticídio: a sua improcedência técnica pela manutenção da comunicabilidade da circunstância elementar;

2) A não classificação como “crimes hediondos” dos “delitos de colarinho branco”, fraudulentos (com uma exceção);

3) Sobre a improcedência de aplicação de textos do crime de eutanásia ao delito de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio;

4) A hipótese da solução de “Ortotanásia” como dirimente penal e não justificativa penal;

5) Sobre a não admissão da exclusão do crime de aborto prevista no inciso IV do art. 128;

6) A exclusão da atenuante da menoridade penal;

7) Sobre a eliminação do “desenvolvimento mental retardado” como causa de inimputabilidade penal;



8) A correta inclusão do denominado “excesso não punível” das justificativas penais;

9) O texto categórico do princípio de “nulla poena sine culpa”. O problema na problemática da embriaguez e da punição geral a título de dolo;

10) Sobre o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado. A tese do Estado Criminoso por omissão de cumprimento dos deveres constitucionais;

11) A não inclusão da personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena;

12) Sobre o reconhecimento do princípio da insignificância como excludente de crime. A tese de “fato atípico” e não de “fato lícito”;

13) A criação e as definições dos crimes de “associação criminosa” e de “organização criminosa” (“máfias em sentido vulgar”), de “milícia”. A inclusão dos “crimes cibernéticos”.

14) Sobre o delito de estupro: a sua redução típica.

## SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PENAL NO BRASIL

1 – As Ordenações Afonsinas de 1446 e em 1521 as Ordenações Manuelinas na lição quase unânime dos autores não tiveram influência alguma em nosso país, o que somente ocorreu com as Ordenações Filipinas de 1603 do Rei Felipe II da Espanha que era também Rei de Portugal.

As duas primeiras Ordenações não tiveram influência porque conforme a História nos ensina o Brasil foi dividido em capitanias hereditárias e os donatários das capitanias tinham o poder absoluto sobre os habitantes inclusive o de fazer justiça e em alguns raros casos eram enviados para a Lisboa para uma decisão a respeito. Tal situação essencialmente não se modificou na época dos governadores gerais, sobretudo na Bahia. Mesmo com a Constituição Imperial de 1824, após a independência do Brasil, até o ano 1830 foi mantido o velho texto filipino.

2 – O texto filipino é um exemplo perfeito do Direito Penal do Terror existente na época em que crime era pecado e pecado era crime em seu terrível livro V que tratava dos crimes e das penas, com aplicação geral da pena de morte, com uso das penas infamantes, com a pena indo além da pessoa do criminoso (o exemplo de Tiradentes julgado pelo crime de lesa-majestade), punindo como delituosa matéria puramente religiosa (heresia, apostasia, feitiçaria, blasfêmia) ou ações insignificantes, a pena variando se o delinquente era nobre ou plebeu, com várias espécies de pena de morte.

3 – Apesar da Constituição de 1824 ter fixado como urgente a elaboração de um código criminal, somente em 16 de dezembro de 1830 surgiu o diploma penal do Império, com base no Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos (Deputado formado em Coimbra), texto penal muito elogiado e com defeitos tendo-se em vista as circunstâncias da época, atendendo mais a justiça e as ideias humanas e liberais que vinham desde a obra clássica de Beccaria em seu livro “Dos delitos e das penas”, 1ª edição de 1764. Segundo vários autores tal diploma penal influiu na Legislação da América Latina e em muitos aspectos foi pioneiro em relação aos diplomas penais europeus do seu tempo como na atenuante da menoridade, na referência aos motivos do crime (que seria uma das grandes teses na Escola Positiva das últimas décadas do século 19), a individualização da pena, ao arbítrio judicial para o julgamento de menores de 14 anos, na denominada responsabilidade penal sucessiva nos crimes através da imprensa etc.

Destaquemos que a Constituição Imperial de 1824 já determinava que os condenados seriam recolhidos a celas distintas tendo-se em vista os tipos de crimes, distinção que em geral até hoje não existe em nossas penitenciárias.

A nossa Doutrina Penal, ao tempo do Império, já se destacava no Recife e em São Paulo, citando-se, a respeito, Thomaz Alves Júnior, Braz Florentino, Henrique de Souza e o maior de todos Tobias Barreto, o qual teve algumas ideias originais antecipando-se a penalistas europeus, fundador da denominada Escola do Recife como grande movimento cultural do século 19.

4 – Programada a República, em 1889, surge em 1890 o seu primeiro diploma penal, baseado em Projeto de João Batista Pereira, elaborado em poucos meses, texto muito criticado por vários autores, tendo sido considerado até o pior código que já existiu. O texto imperfeito possibilitou que surgissem novos projetos para revogá-los e dispositivos legais sucessivos que o modificavam, em um verdadeiro caos em nossa Legislação Penal.

Em tal sentido de reforma, podem ser citados os projetos de João Vieira de Araújo de 1893, de Galdino Siqueira de 1913, de Virgílio de Sá Pereira de 1927-1928 (bem elaborado que acompanhava a evolução da dogmática penal).

5 – Com a ditadura do Estado Novo de 1937, o professor de São Paulo Alcântara Machado em 1938, apresentou o seu “Projeto de Código Penal Brasileiro”, que foi examinado por uma Comissão dos Mestres Roberto Lyra e Nelson Hungria, tendo sofrido várias modificações importantes porém serviu de base para o código sancionado em 07 de dezembro de 1940, vigente a partir de 01 de janeiro de 1942 e ainda em vigor a sua Parte Especial embora com inúmeras alterações,

o que o transformou atualmente em uma verdadeira colcha de retalhos. É considerado um diploma eclético, reconhecendo ideias das escolas clássica e positiva, entretanto é inegável a grande influência da Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, sobretudo tendo-se em vista a acolhida das medidas de segurança (em nosso entendimento a inovação maior) ao lado da pena, a valorização da personalidade do delinquente e dos motivos do crime na aplicação da pena etc.

A sua redação é tecnicamente mais perfeita em relação aos textos penais anteriores, porém infelizmente o nosso sistema penitenciário vergonhoso nega ou é contrário a tudo que a nossa lei determina ao ter como finalidade a ressocialização do delinquente quando da execução da pena e atendendo a melhor política criminal moderna. O Código de 1940 possibilitou um grande desenvolvimento qualitativo e quantitativo da nossa Doutrina Penal com os inúmeros penalistas que se destacaram e que se destacam atualmente.

6 – Em 1963, Nelson Hungria apresentou o seu já célebre “anteprojeto de Código Penal”, com a Comissão Revisora composta além do autor de Anibal Bruno e Heleno Fragoso, e que foi a base maior para o CP de 1969. Texto penal que foi sendo adiado, prorrogado, sucessivamente a sua vigência ficando em “Vacatio legis”, até 1978 quando foi derogado sem nunca ter entrado em vigor.

## OS PROJETOS DE REFORMA PENAL ANTERIORES AO CÓDIGO PENAL DE 1940

1 – O Projeto de João Vieira de Araújo (professor da Faculdade de Direito do Recife, Chefe da Escola Positiva no Brasil), de 1893 – com um substitutivo de 1897, aprovado pela Câmara em 1899, entretanto no Senado não foi devidamente analisado ou votado, para a revogação do defeituoso CP de 1890 e tendo-se em vista o verdadeiro caos de leis esparsas já existentes na época. Apesar de muitas falhas, o projeto era superior ao CP de 1890.

2 – O Projeto do penalista Galdino Siqueira de 1913, devido à situação política do país na época não teve prosseguimento no Congresso e segundo José Henrique Pierangeli e Luiz Flávio Gomes obedeceu a uma corrente eclética de política criminal, tendo-se em vista principalmente o Projeto do CP suíço de Stooss, da doutrina de Von Liszt e dos projetos argentinos.

3 – O Projeto do Desembargador Virgílio de Sá Pereira de 1927, a parte geral e em 1928 o texto completo, entretanto sem sucesso devido à Revolução de 1930. Posteriormente por uma Comissão Revisora apresentou-se em 1935 um Projeto baseado no do Desembargador porém com a Ditadura do Estado Novo dissolvido o Congresso o trabalho não teve êxito. Projeto sob a influência do Código Rocco, do suíço, adotando a doutrina da periculosidade.

O penalista René Dotti afirma que o projeto foi muito debatido e foi muito elogiado por penalistas nacionais, também sob a influência da Escola Positiva, tendo adotado as medidas de segurança e medidas alternativas para substituir os casos de penas curtas de prisão.

4 – O Projeto Alcântara Machado de 1938 que foi a base do CP de 1940.

Os penalistas nacionais modernos em seus livros examinam exaustivamente tais projetos, o que nos dispensa de apresentar análise a respeito.

## ALGUNS ASPECTOS DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS DE 1603, EM SEU LIVRO V

1 – Espécies de pena de morte: a pena de morte natural, a morte cruel, a morte por fogo.

2 – Na época como crime e pecado eram sinônimos, os primeiros delitos do texto foram a heresia, a apostasia e a blasfêmia, variando a pena se o autor era fidalgo, cavaleiro ou peão (plebeu), enquanto a denominada feitiçaria era punido com a pena de morte.

3 – Fatos insignificantes como delituosos: a) Sacerdote benzer cães e outros animais; 2. Beber, comer ou dormir nas igrejas; 3. Homens vestidos de mulher, mulher vestida de homem; 4. Punição para quem em uma briga ou confusão ao pedir ajuda invocasse outro nome ao não ser pedir aqui “Del-Rey”; 5. Punição para quem for achado nas ruas depois do toque de sino de recolher nas cidades; 6. Tocar música à noite; 7. Punição para os mexeriqueiros; 8. Pedir esmola invocando “santo sem licença do Rei”, etc., etc.

4 – Texto extenso do delito de lesa-majestade (traição ao rei): “morte natural cruelmente”: era um crime comparado a doença da lepra e seriam “infamados” os descendentes do autor (o que aconteceu por exemplo com o Tiradentes) e ainda depois da morte do agente se podia agir contra ele para que a sua “memória seja danada” e “seus bens confiscados para o reino” (título VI do livro V). Também (título VII) quem injuriasse o soberano não seria julgado pela justiça e sim pelo próprio rei ou por alguém que o mesmo indicasse e a pena inclusive poderia ser a de morte em função da qualidade da ofensa, da palavra dita.

5 – Repressão terrível também para quem cometesse o “pecado de sodomia” (título XIII), considerado um “pecado contra natura” e o autor de tal delito fosse qual fosse a sua qualidade (fidalgo, cavaleiro ou plebeu – peão) e cometido “por qualquer maneira” o autor seria queimado e feito por fogo em pó para que nunca do seu corpo e sepultura pudesse haver memória, os filhos e netos seriam infamados. O texto era extensivo às mulheres, e se por acaso a relação fosse com animais também “seria

queimada e feito em pó”.

6 – Como outro texto absurdo a vítima e não somente o autor sofreria a pena de morte pelo fogo e “feita em pó” no caso de relação sexual entre descendentes e ascendentes.

7 – A pena de morte igualmente aplicável pelo estupro (mesmo de prostituta ou de escrava) extensiva ao partícipe de qualquer modo. Como um outro exemplo da absurda mentalidade repressiva das Ordenações mesmo no caso do casamento do esturpador com a vítima “feito por vontade dela”, com o seu consentimento, tal fato não impediria a aplicação da pena de morte.

8 – O adultério era objeto também de extenso texto do título XXV com pena de morte sem distinção de gênero (marido ou a esposa) extensivo ao seu có-reu. Entretanto, no caso do perdão do marido, a esposa adúltera seria solta. Destaque-se que na hipótese legal do adultério se ocorresse o consentimento do marido com o mesmo, ambos seriam açoitados e colocados “com senha e capelas de cornos”, e degradados para o Brasil...

Ainda o título XXXVII considerava lícito o marido matar a mulher adúltera e seu amante porém (outro absurdo) se o marido fosse plebeu e o adúltero um fidalgo ou desembargador ou outra autoridade superior a sua não poderia matar e se matasse seria degradado para a África até 3 anos.

9 – Devemos destacar para louvar a admissão do excesso na legítima defesa não punível do título XXV, parágrafo segundo como hipótese legal após o texto sobre homicídio quando estabelecia que não haveria pena em caso de “necessária defesa” “salvo se nella excedeo” a temperança que deverá e pudera ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. Sem dúvida, em uma antecipação do excesso não punível dos códigos penais modernos como no alemão e no português e fixado agora no Projeto do Senado do CP.

10 – Entendemos também que deve ser louvado que no parágrafo terceiro do título XXXV existe uma previsão implícita do crime culposo, a exclusão do dolo, pois o texto determinava que “e se a morte for por algum caso sem malícia ou por vontade de matar, será punido segundo a sua culpa, ou inocência que no caso tiver”.

11 – A pena de morte seria aplicada no caso de venefício (“da peçonha”), inclusive em sua tentativa e também em caso de homicídio ou de lesão corporal mercenária, por motivo de “dinheiro”. Decependo-se, antes, as mãos do autor.

12 – É interessante também salientar sobre a corrupção (“peitas”) no título LXXI a obrigação da perda

de função ou emprego em alguns casos até a pena de morte tendo-se em vista o valor em dinheiro da “peita” para os membros da magistratura.

13 – Em uma antecipação excepcional em nosso entendimento, protegia-se o meio ambiente a flora e a fauna, punindo-se quem cortasse árvores de várias espécies (título LXXV), inclusive com pena de açoite e degredo para a África ou para o Brasil o mesmo ocorrendo em relação aos que matassem abelhas, boi ou vacas ou outros animais, assim com a proibição de certas caças e pescarias.

14 – Também atendendo-se a época, é de salientar-se a punição de portar armas ofensivas ou defensivas em locais públicos LXXX.

15 – Era categórica a proibição de impressão de livros ou quaisquer obras sem a licença do Rei (título CII) e sem em primeiro lugar ter sido vista ou examinada pelos desembargadores, depois de ser vista e aprovada pelos oficiais do “Santo Ofício da Inquisição”.

16 – Por outra parte existe uma grande matéria processual penal no livro V a partir do título CCVI (116).

17 – Em relação à idade do acusado, o título CXXV (136): mais de 20 anos punível; de 17 a 20 anos ficaria ao arbítrio do julgador aplicar a pena total ou diminuir atendendo a certas circunstâncias como o modo de execução do crime, a pessoa do menor e se extraiu com muita malícia (dolo) poderia até ser aplicada a pena de morte; sendo menor de 17 anos a pena de morte não seria aplicada e sim outra pena ao arbítrio do julgador, o que não deixa de ser algo excepcional tendo-se em vista as circunstâncias e a mentalidade da época.

## ALGUNS ASPECTOS DO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DE 1830

1 – Com as suas ideias liberais, avançadas para época embora com erros passíveis de críticas tendo-se em vista, porém, a sociedade patriarcal e escravagista daquele tempo o parágrafo sexto do art. 14 do cap. II – “Dos crimes justificáveis”, o que é um erro técnico pois com a justificativa não há crime – exigia um “castigo moderado” que os senhores infligissem aos seus escravos, tendo em vista o mal resultante do castigo porém desde que – ressalva importante – a qualidade do mal não fosse “contrária as leis em vigor”. Assim é que não haveria a punição (outro grave erro técnico do “crime justificável”).

2 – O seu parágrafo terceiro do art. 2º já considerava como crime o abuso de poder.

3 – Outro princípio fixado está de acordo com a doutrina penal contemporânea e com vários textos

penais quando em seu art. 3º estabeleceu que somente seria criminoso quem agisse com dolo (má-fé), com o “conhecimento do mal”, com a intenção de praticá-lo, concedendo a devida importância portanto ao elemento subjetivo do crime.

4 – A denominada responsabilidade penal sucessiva está bem detalhada no seu art. 7º.

5 – Outro fato a merecer louvor é a consagração da liberdade de expressão pelo seu art. 9º ao fixar que não seriam criminosos os que “censurassem os atos do governo e da pública administração, em termos posto que vigorosos, decentes e comedidos”.

Também os que analisavam razoavelmente a Constituição sem atacar as suas bases fundamentais (parágrafo terceiro do art. 9º).

6 – Outro texto louvável o do seu art. 36: “nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para imposição de pena”. Como, em nosso entendimento, naquela época havia a confusão entre “presunção” e “indício” como se fossem sinônimos os vocábulos, tal texto eliminava a possibilidade de condenação com base na denominada prova indiciária.

7 – Destaque-se também em relação aos textos penais da época, a amplitude da legítima defesa do seu art. 14, parágrafo segundo, quando a estabelecia em defesa dos direitos da pessoa (não somente dos direitos ou bens materiais como a vida, integridade corporal, a propriedade), extensiva a defesa de terceiros e a defesa da família.

8 – Criticável, por outra parte, o seu art. 65 ao não reconhecer ou proibir a prescrição no sentido de que as penas impostas aos condenados não prescreverão “em tempo algum”.

9 – O Código Imperial trata o que denominava “satisfação” (“indenização”) do dano oriundo do crime em seu art. 21, inclusive aplicando uma extensão ao “senhor pelo escravo até o valor deste” (art. 28, § 1º), tratando a matéria amplamente em vários artigos (art. 21 ao art. 32), com a extensão da obrigação aos herdeiros dos delinqüentes assim como o direito de recebê-la aos herdeiros dos ofendidos, a obrigação de todos em caso de concurso de pessoas etc. No tema, como disposição lamentável estabeleceu (art. 32) que se o criminoso não tivesse meios para indenização ou satisfação seria condenado a uma pena de prisão com o trabalho pelo tempo necessário para ganhar a “quantia da satisfação”.

10 – Seguindo a maioria das legislações penais do tempo, saliente-se que o texto imperial determinava o máximo, o médio e o mínimo da pena e em muitos casos são distintamente fixadas às penas pela tentativa ou pela

cumplicidade e com os textos legais sobre “o criminoso autor” e o “criminoso por tentativa ou cumplicidade”.

11 – Por outra parte é também importante salientar que os primeiros delitos punidos pelo Diploma Imperial em sua Parte Especial são denominados “crimes públicos” “contra a existência política do Império, contra a independência, a integridade e a dignidade da nação” e não como em inúmeras legislações penais modernos os crimes contra as pessoas. Tais delitos apresentam definições bem detalhadas, o que ocorre igualmente nos contra a “Constituição do Império” e forma do seu governo, com sanções rigorosas, inclusive a prisão perpétua com o trabalho para o autor. Do mesmo modo, bem detalhados os dispositivos legais que abrangem os delitos “contra o livre exercício dos poderes políticos” (art. 91 a 99), o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos, a partir do direito de voto, particularmente a proibição de compra e venda de votos (art. 101, in fine), falsificação de listas de eleitores, de atas de eleição, etc., etc. Texto que não impediu as denominadas “eleições a bico de pena” ao tempo do Império e mesmo nos primeiros anos da República, em que fraudulentamente, falsamente eram alterados nomes de pessoas ou de votos para a eleição, etc.

12 – Na matéria referente à conduta criminosa contra a administração público, sobretudo a respeito da corrupção, os textos do Diploma Imperial merecem destaques com os seus tipos penais bem detalhados nas ações e omissões (art. 129 a 136) a tal respeito, com os delitos de prevaricação, de “peita”, de suborno, de concussão, de peculato, geralmente sancionados com a perda de emprego.

Particularmente, o excesso ou abuso de autoridade apresenta a definição que em nossa opinião podia ser acolhida em qualquer texto contemporâneo: art. 145. “Cometer qualquer violência no exercício das funções do emprego ou a pretexto de exercê-las”, com a perda de emprego ou função para o autor, além da pena que resultasse da violência.

13 – Destaque-se, por outra parte a punição para a negativa ou demora da realização da justiça (art. 159: “negar ou demorar a administração da justiça que couber em suas atribuições”), além de julgamento ou procedimento contra a lei expressa (art. 160), e especificamente ainda em relação à justiça a perda de emprego “além da prisão”, “se pelo julgamento em processo criminal impuser ao réu maior pena de que a expressa em lei” (art. 161), o que representa um verdadeiro limite ao abuso do arbítrio judicial na aplicação da pena. Do mesmo modo, em relação à demora da justiça do julgamento dos processos, o art. 181 (do título I “dos crimes contra a liberdade individual”) em sua sétima hipótese legal: “demorar o juiz o processo do réu preso ou afixado além dos prazos legais”, “com a suspensão do emprego de um mês a um ano, prisão por

tempo que não menor que a do ofendido". No sentido de proteger mais a liberdade individual, outras punições para os juízes sobretudo em relação a impetração de habeas corpus (art. 133), recusa em dar a denominada "nota de culpa a preso", art. 182. Em relação ao habeas corpus é punida a recusa de sua concessão legítima ou a retardar a sua concessão, art. 183, etc., etc. São textos que parecem inacreditáveis perante a realidade da época e a sua própria mentalidade porém indispensáveis para a proteção da liberdade individual contra os arbítrios judiciais.

14 – Como uma expressão cruel da escravidão da época, conforme o art. 60 com exceção das penas de morte e de galés, se o criminoso fosse escravo seria condenado a de açoite – não mais de 50 açoites por dia – e depois entregue ao seu senhor que o colocaria a ferro pelo tempo e forma designada pelo juiz.

## ALGUNS ASPECTOS DO CÓDIGO PENAL DE 1890

1 – Lamentável que o primeiro Código da República além de em muitos textos ter sido mal redigido tecnicamente, não ter acompanhado a evolução ou progresso da ciência criminal da última década do século 19 pois naquele tempo já tinham existido os grandes nomes de Carrara e Von Liszt na elaboração da Dogmática Penal e também as teses da Escola Positiva de Lombroso, Ferri, Garofalo sobre a personalidade do criminoso, a sua periculosidade, a motivação do crime, as medidas de segurança que estavam em debate na doutrina penal e foram ignoradas pelo texto de 1890.

2 – Como um erro visível indicamos o extenso texto sobre autoria e cumplicidade do art. 18 (4 parágrafos), art. 19 (2 parágrafos) art. 20 e 21 (4 parágrafos), é um total de 4 artigos e 10 parágrafos que trouxeram confusões e grandes divergências na jurisprudência criminal e na própria teoria penal.

3 – Sobre a intitulada responsabilidade penal sucessiva ou solidária dos delitos de abuso da liberdade de imprensa, o texto do art. 22 é idêntico ao imperial, eliminando-se porém no art. 23 a figura do cúmplice.

4 – Injustificável tendo-se em vista a evolução da teoria penal da época o erro técnico do título III ao tratar "das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes" pois as dirimentes penais eliminam a culpabilidade, isentando de pena o agente e as justificativas penais eliminam o caráter ilícito do fato. Entretanto, no seu art. 24 o conceito é correto "as ações ou omissões contrárias a lei penal que não forem cometidas com a intenção criminosa ou não resultarem de negligência, imprudência ou imperícia não serão passíveis de pena", distinguindo-se, assim, a modalidade ou forma dolosa e a culposa do fato.

5 – O conhecido art. 27 em seu parágrafo 4º foi um dos maiores responsáveis pela impunidade em passado recente em nosso país quando dispunha que não seriam criminosos os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência quando da prática do delito. Em primeiro lugar, quem está em tais condições é o cadáver, é o morto inteiramente privado de sentidos e de inteligência. Somente em 1923, o decreto nº 4780 em seu art. 38, ordenou a substituição da palavra "privação" por "perturbação".

Conforme a história registra foi à tese preferida no Tribunal do Júri pela defesa nos processos referente aos denominados criminosos passionais até a entrada em vigor do CP de 1940 que punia os que agem sob os estados emocionais e passionais (art. 24, Inc. I), o que foi retificado pelo texto vigente.

6 – Apesar de não ter incluído a medida de segurança como sanção criminal (o que poderia ter feito pela existência das teses da Escola Positiva que eram conhecidas por nossos penalistas), o diploma de 1890 determinou no seu art. 29 que os doentes mentais isentos de pena "serão entregues as suas famílias" ou "recolhidos a hospitais de alienados se seu estado mental assim exigir para segurança do público".

7 – Em relação à idade, especificou que não seriam criminosos os menores de 9 anos, os de 9 a 14 que agissem sem discernimento e os que tivessem agido assim "seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais porém tal recolhimento não podia exceder a idade de 17 anos", tendo mantido a atenuante do delinquente ser menor de 21 (art. 42, § 11).

8 – Manteve a amplitude da legítima defesa já constante do texto imperial dispondo que protegeria "todos os direitos que podem ser lesados", além de ter esclarecido que não era limitada unicamente à proteção da vida (art. 32, § 2º).

Mesmo assim, incide novamente em erro técnico fundamental ao estabelecer que no estado de necessidade haveria a prática de "crime para evitar mal maior" e também no caso da legítima defesa e apesar de ter estabelecido no art. 32 que "não seriam criminosos". Ao tratar das suas exigências legais (arts. 33 e 34) tal erro técnico é repetido: "Para que o crime seja justificado"...

Por outra parte, destaquemos que entre os requisitos da legítima defesa, art. 34, não são citadas nem a agressão injusta e nem a iminente. Ainda, sob a influência do Código Penal Francês de 1810, a legítima defesa é extensiva a reação contra a invasão noturna da casa do cidadão (§ 1º do art. 35).

9 – Outro erro técnico: o art. 37 ao dispor que a circunstância agravante não influi na pena "quando for

elemento constitutivo do crime”, o que é óbvio pois se é circunstância elementar do tipo penal não é juridicamente uma circunstância agravante.

10 – Um texto absurdo: a conversão da pena de multa em pena de prisão “se o condenado não tiver meios para pagar a multa”... (art. 59).

11 – Também passível de crítica: na ausência de circunstâncias agravante e atenuante “a pena será aplicada no grau médio”, § 1º do art. 62, assim como absurdamente dispõe que se o criminoso for maior de 14 e menor de 17 anos, as penas aplicáveis serão a de cumplicidade (art. 65).

12 – Corretamente adotou o texto do Diploma Imperial ao determinar no art. 67 que nenhuma presunção por mais veemente que seja pode condenar, impor pena.

13 – Ao dispor sobre a doença mental, o condenado louco somente cumpriria a pena quando recuperasse as suas “faculdades intelectuais”, ficando suspensa a sua execução caso a doença mental surgisse quando do cumprimento da pena. Acolheu o critério ou sistema psiquiátrico ao determinar, no art. 27 § 3º que não seriam criminosos “os que por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação”. Em vez de fixar que seriam isentos de pena errou tecnicamente ao dispor que não seriam criminosos. Segundo a técnica do Código Imperial, os primeiros delitos de sua parte especial são os contra a existência política da República.

14 – São insignificantes as penas dos delitos contra a administração pública praticados por funcionários públicos. Assim: “peita ou suborno” (art. 214): “prisão celular” de 6 meses a 1 ano e perda de emprego inabilitação para outro; corrupção (art. 215) a mesma pena; também para o que dê a prometer a “peita ou suborno” e para os juizes mesmo que as sentenças dada por suborno ou peita for “justa” (art. 216). Na hipótese destaquesmos que se a sentença for criminal condenatória porém injusta (§ 1º do art. 216) o juiz que foi subornado sofrerá “a mesma pena” que tiver imposto para o condenado, além da perda do emprego ou multa”, o que nega qualquer princípio de aplicação de pena, ou seja, pena do autor igual ao da vítima de uma sentença injusta.

Na concussão, a pena ainda é menor: de 3 meses a 1 ano (art. 219), com suspensão (não perda do emprego). Também, muito branda a do peculato: prisão celular de 6 meses a 4 anos (art. 221).

15 – Interessante observar que na tipificação do crime de envenenamento (art. 296), o texto legal em seu parágrafo único apresenta um verdadeiro conceito científico ou doutrinário de veneno: “é toda substância mineral ou orgânica que ingerida no organismo ou

aplicada sobre o seu exterior, sendo absorvida, determina a morte, põem em perigo a vida ou altere profundamente a saúde”.

16 – Outro texto passível de crítica: se o homicídio ocorreu em duelo ou se o duelo causar lesão corporal seguida de morte a prisão é somente de 1 a 4 anos quando o homicídio simples é de 6 a 24 anos (§ 2º do art. 294).

## **SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS DE 1932; O CP DE 1940; O CP DE 1969**

1 – Pelo Decreto nº 22.213 de 14/12/32 foi adotada e aprovada Consolidação das Leis Penais de Aúria do Desembargador Vicente Piragibe, tendo-se em vista as inúmeras modificações do que era considerado o obsoleto e defeituoso CP de 1890, e devido ao longo processo elaborador de um novo Código Penal através de uma Comissão composta por Virgílio de Sá Pereira (autor dos Projetos de 1927-1928), Evaristo de Moraes e Mário de Bulhões Pedreira e que visava atender às novas condições sociais do país e ao progresso da ciência criminal. Então, foi mantido o código de 1890 com a redação da Consolidação de 1932 que incorporou muitos dos textos que o alteraram. Entretanto, era uma Consolidação que não tinha tecnicamente a sistematização, unidade doutrinária, ou coerência técnica que em geral é exigida para a elaboração de um Código Penal, conforme a respectiva doutrina.

2 – Em tal Consolidação, injustificavelmente muitos erros técnicos persistiram como falar-se em “crime justificado” (art. 33 e 34 da Consolidação) a circunstância agravante não influenciando na pena quando fosse elemento constitutivo do crime, etc. Também foram mantidas as penas insignificantes para os delitos contra a administração pública cometidos por funcionários públicos, etc., etc., não existindo assim modificação fundamental do CP de 1890, o que nos dispensa de outras anotações ou comentários.

3 – Em relação ao Código Penal de 1940 em sua Parte Geral, entendemos que a sua maior inovação foi o reconhecimento da medida de segurança ao lado da pena como a sanção criminal. Também o texto de boa técnica sobre a fixação da pena do seu art. 42, com as suas circunstâncias judiciais, a individualização da pena; o reconhecimento do sistema biopsicológico para a admissão da inimputabilidade penal para as anormalidades mentais; o texto restrito, preciso sobre a co-autoria (art. 25); em matéria de culpabilidade, a punição em geral somente a título de dolo (par. únic. do art. 15); a distinção perfeita entre justificativa e dirimente penal, etc., etc.

4 – Em uma breve referência ao triste destino do Código Penal de 1969, baseado no anteprojeto de Nelson

Hungria de 1966, sancionado em 1969 porém revogado em 1978 após 9 anos de “vacatio legis”. O Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969 da Junta Militar, foi muito alterado pela lei 6.016 de 31 de dezembro de 1973, com nova redação para dezenas de seus artigos.

## A VIGENTE PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL

1 – Com a redação da lei 7.209/84 e também da lei 9.714/98 (novo texto para as penas restritivas de direito, art. 43 e segts.), a vigente Parte Geral está conforme com os princípios da Constituição de 1988, atendendo mais aos direitos humanos e a melhor doutrina penal moderna, e em síntese: especificamente podemos citar como as suas principais inovações em relação ao texto de 1940 as seguintes:

- a) Criação das penas restritivas (penas alternativas) de direitos (art. 43 e segts.);
- b) Os três regimes de execução das penas (art. 33 a 36);
- c) Sistema vicariante (e não do duplo – binário) na aplicação da sanção;
- d) Admissão do sistema ou método trifásico para o cálculo da pena (art. 68);
- e) Análise da conduta da vítima quando da aplicação da pena (art. 59, in fine);
- f) Omissão como causa do resultado (§ 2º do art. 13);
- g) Poder criador do juiz em relação às circunstâncias atenuantes do crime (art. 66). Logo: as circunstâncias atenuante do art. 65 são exemplificativas e não taxativas ao contrário das circunstâncias agravantes, tendo, assim, o julgador o poder de atenuar a pena por uma “circunstância relevante” “embora não prevista expressamente em lei”;
- h) No problema do concurso de pessoas para o crime, punição do participante conforme a sua culpabilidade (art. 29, in fine);
- i) Reconhecimento do excesso punível em todas as justificativas penais, etc. (Par. Un. do art. 26) e não como anteriormente somente em relação a legítima defesa).

Infelizmente, o nosso vergonhoso sistema penitenciário nega, por si mesmo, o que de melhor existe em nosso diploma penal e contraria claramente os princípios que estão fixados na própria Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

## COMENTÁRIOS SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO PROJETO 236 DO SENADO DE 2012 SOBRE A REFORMA PENAL

1 – Uma preliminar que consiste em uma grande dúvida: a estrutura normativa dos códigos penais contemporâneos é a mesma dos grandes diplomas penais do século XIX (o Código francês de 1810, o da Baviera de

1813 – de Feuerbach –, de Nápoles de 1819 – de Nicolini –, do Brasil de 1830 – baseado no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos –, da Alemanha de 1871, da Itália de 1885 – de Zanardelli –, etc.), e indaga-se se tal estrutura será a necessária e a eficaz para a prevenção e a repressão da criminalidade do século 21, do novo milênio, sobretudo para combater a denominada criminalidade organizada que entendemos já ser globalizada, mundializada, cada vez mais transnacional?

Na consulta que foi feita ao Mestre Roxin (Claus), da Universidade de Monique, em 19 de julho de 2004 por ocasião de uma visita ao mesmo, respondeu o grande penalista alemão, em carta de 09 de agosto de 2004, nos seguintes termos que se encontram nas págs. 569 e 570 da 5ª edição do livro “Direito Penal, Parte Geral”, ed. 2010, Recife do autor destas linhas. “É verdade que os novos códigos penais possuem uma estrutura normativa cujas ideias fundamentais já tinham sido desenvolvidas no Iluminismo europeu. Mas, a meu ver, estas ideias fundamentais não estão superadas e sim continuam a compor um importante baluarte como limitações liberais e garantistas do poder de punir do Estado”. A mesma tese apresentou o Mestre Zaffaroni (Eugênio Raul) em conversa por ocasião de um Simpósio em São Paulo ao autor destas linhas.

Mesmo assim perante as tendências e características do Direito Penal neste início de milênio perante a denominada “sociedade de risco”, perante uma nova realidade social, nossa dúvida permanece a tal respeito.

2 – Por outra parte, consideramos inútil uma política criminal predominantemente e repressiva com a utopia de combate da criminalidade com a lei penal sem uma precedente política social do Estado (sobretudo em termos de educação e saúde), devendo ser atingidas as causas do crime pois o mesmo é o efeito de certos fatores. Lamentavelmente estatísticas recentes no Estado de São Paulo, publicadas na imprensa, demonstraram acolhida pela opinião pública de tal mentalidade ou política repressiva pois uma grande maioria da população defendeu medidas extremas até a adoção de pena de morte ou de prisão perpétua para certos crimes violentos, apesar do obstáculo insuperável da nossa vigente Constituição a tal respeito com as suas cláusulas pétreas.

3 – Em verdade, deve existir um Direito Penal não somente em função de um Estado de Direito predominantemente formalista ou legalista (entendido até pejorativamente, em nossa compreensão) e sim em razão de um Estado Constitucional Democrático de Direito, atento à melhor política, à devida redação técnica e à realidade brasileira porém sobretudo em termos de Garantismo Penal. Compreensão nossa que não significa que seja em função de um Direito Penal clássico, liberal, produto do Iluminismo do século 18 apesar do mesmo ter

sido necessário historicamente.

Basicamente no Garantismo Penal o “Jus Libertatis” do cidadão perante o “Jus Puniendi” do Estado fica assegurado e em nossa opinião foi o artigo 39 da Magna Carta da Inglaterra de 1215 que ao tratar pela primeira vez dos direitos humanos na civilização ocidental assegurou o julgamento baseado na lei acima de qualquer outro poder.

Essencialmente, em nosso entendimento, em nossos dias em função dos princípios políticos-criminais fixados na CF de 1988 que legitima e simultaneamente limita o Direito Penal para o justo ou devido equilíbrio entre o “jus libertatis” do cidadão e o “jus puniendi” do Estado. Existe aliás em nossa atual CF uma verdadeira “Carta Penal” dentro da Constituição tendo-se em vista o seu art. 5º, com uma ampla matéria penal e processual penal.

Um positivismo legalista em termos de um Estado Constitucional de Direito onde a Constituição, em nossa compreensão, é mais uma Carta de Direitos do cidadão que uma Carta de Poderes do Estado e assim tal positivismo é necessário para o citado equilíbrio, o que especificamente pode ser traduzido ou expresso no princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Princípio oriundo historicamente do art. 39 da Magna Carta Libertatum da Inglaterra de 1215 e não da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” como produto da Revolução Francesa de 1789. Entendemos que o espírito ou efeito maior da Magna Carta é o de que ninguém por mais poderoso que seja é superior a Lei.

Assim sendo, o princípio da legalidade é de uma garantia formal necessária embora abusos ou violações do Direito ou de liberdade fundamentais tenham sido e ainda sejam cometidos em nome da Lei, o que não elimina, por si mesmo a necessidade do princípio que é também de direito material e não substancialmente de direito processual ou adjetivo por enunciar o que é crime e qual a pena que pode ser aplicável. Em um verdadeiro Estado Constitucional Democrático de Direito deve haver uma Constitucionalização do Direito Penal e não uma Penalização da Constituição quando, em nossa compreensão os valores ou direitos fundamentais assegurados pelos princípios ou textos constitucionais tornam-se valorados ou qualificados como “bens jurídicos” tutelados pela norma penal.

Se tal Estado Constitucional e Democrático de Direito existe ou é interpretado em termos de “Estado dos Direitos fundamentais” é evidente, lógica e juridicamente que a lei é o seu fundamento maior, o que não se confunde com um formalismo, entendido sob termos pejorativos, estéreis, vazios, inócuos, fonte de arbitrariedades, de abusos, de negação da justiça. Aliás, já se proclamava em Roma: “ser escravo da lei para ser livre”. Posta a matéria sob tal entendimento, eliminar-se-ia, em tese, uma possível antinomia entre a lei e a Constituição, algo que seria absurdo por si mesmo e desde que embora a lei não

esgote o direito não há como no campo de Direito Penal negar-se a sua primazia.

Assim sendo, o moderno Estado Constitucional e Democrático de Direito não pode abandonar e negar a necessidade e a primazia da lei, o que não significa que isso não fazendo venha a fazer renascer o velho Estado de Direito liberal, clássico, formalista ou legalista, que seria merecedor de rejeição na atual concepção jurídica do Estado de Direito e perante a própria realidade social. Se a Constituição legitima e limita o Direito Penal tal compreensão predominante atualmente não significa, em nosso entendimento, em absoluto, negar-se a primazia da lei, essencial na área do Direito Penal.

4 – Uma observação: Foi curto o tempo (7 meses) de elaboração pela Comissão de Juristas para o anteprojeto do novo Código Penal, enquanto diplomas penais europeus levaram anos para sua redação como ocorreu na Alemanha, na Suíça e na França.

O anteprojeto tem 180 (cento e oitenta) artigos a mais que o vigente CP: 541 (quinhentos e quarenta e um) artigos – (ainda com dois artigos de “disposições finais” a mais) – e o atual 361 (trezentos e sessenta e um) artigos, e muitas vezes um artigo tem mais de um parágrafo, inciso (ou número), ou alínea, como por exemplo o crime de homicídio no anteprojeto previsto no artigo 121, com 8 (oito) parágrafos e 8 (oito) incisos, o de lesão corporal do artigo 129 com 11 (onze) parágrafos e 14 (quatorze) incisos ou números, etc.

5 – Análise de alguns aspectos da reforma: a) Não se justifica tecnicamente a fixação da pena de 06 (seis) a 20 (vinte) anos ao coautor ou partícipe do crime de infanticídio conforme o Par. Único do art. 124, pois em verdade, existe uma incompatibilidade jurídico-penal da manutenção da comunicabilidade ou condição subjetiva ou pessoal da circunstância elementar quando for constitutiva do tipo penal (artigo 39 do novo texto) com a punição por homicídio do coautor ou partícipe do infanticídio (Par. Único do art. 124). Tecnicamente, o crime é de infanticídio e não de homicídio devido à influência do estado puerperal (sob a influência perturbadora do parto do texto proposto) para a morte do filho pela própria mãe. Tal estado é uma condição de caráter pessoal (art. 39), logo comunicável ao coautor ou partícipe por ser elementar de tal delito e assim a punição somente pode ser a título de infanticídio e não por uma pena de homicídio.

Em nosso entendimento, não pode existir uma contradição, um choque entre textos legais de um código, o que é juridicamente inaceitável ao determinar a punição por homicídio (Par. Único do art. 124) com o texto do art. 39 “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

b) O nosso entendimento é inteiramente contrário, por várias razões ao texto do art. 128 proposto



que significa uma verdadeira descriminalização (legalização) do aborto ao dispor sobre “exclusão do crime” – e não “despenalização” – nas 4 (quatro) hipóteses de aborto que indica, ao contrário do texto do vigente art. 128 que contempla somente 2 (duas) hipóteses de não punição, aumentando-se os casos de descriminalização na alteração proposta.

Destaque-se que no Inc. (ou nº) IV do art. 128 acolhe-se a licitude do aborto até a 12ª (décima segunda) semana da gestação (3 meses) por decisão (vontade) da gestante quando o médico constata que “a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. “Condições psicológicas” é terminologia ou expressão muito ampla, indeterminada, equívoca, sob fundamentos ou critérios vagos, condições facilmente simuláveis para o médico fazer a avaliação.

Entendemos que tal texto é muito permissível, é verdadeira porta aberta para a legalização do aborto pois o texto do art. 128 determina que “Não há crime”, é exclusão de ilicitude e não como no texto atual uma isenção de pena em certos casos.

Particularmente, o inciso 4º do art. 128 ao tratar de exclusão do crime de aborto quando se constate que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade, por sua vontade “até a décima segunda semana da gestação”. Entendemos na grande complexidade polêmica da matéria referente ao aborto que o direito à vida é absoluto, não pode ser relativizado a um período de tempo, a um hiato de tempo (até três) meses ou doze semanas da gestação o aborto não seria crime, seria lícita a sua prática à partir de tal período seria ilícito, seria criminoso como conclusão do texto do artigo 128 em seu inciso 4º. Entendemos que ou existe o direito à vida em termos absolutos ou não existe e não lógica e juridicamente que somente existiria com base em um hiato de tempo a partir de um certo período (doze semanas de gestação ou três meses) pois ainda entendemos que da união entre um homem e uma mulher não é gerado um objeto, uma coisa e sim um ser vivo desde a fecundação que deve ser protegido pela lei penal, sendo criminoso a sua morte e não somente deve ser protegido depois de doze semanas de gestação. Ou seja, morte lícita, legítima até doze semanas da gestação e morte ilícita, criminoso depois de tal período, o que consideramos juridicamente inadmissível.

c) Lamentavelmente, não foi qualificado ou classificado como crime hediondo pelo texto do art. 56 nenhum delito contra a economia popular, a ordem econômica, financeira ou tributária, nenhum, que se adjetiva como “crime de colarinho branco” (“White-Collar Crime”), expressão proposta pelo criminologista norte-americano Sutherland, na década de 50, geralmente delitos praticados por agentes de alto status financeiro, econômico ou político e no texto somente um crime fraudulento (o “de falsificação de medicamentos e

produtos afins”, inciso VIII do art. 56). Tal discriminação é injustificável, em nossa compreensão, ao atingir somente os denominados crimes violentos.

Por outra parte lamentável também que no denominado doutrinariamente crime continuado específico – Par. 1º do art. 88 do texto proposto – que permite a grande exasperação de pena refere-se somente aos delitos violentos (violência física ou moral), não abrangendo fraudulentos que durante o longo período de tempo, continuamente, podem causar danos irreparáveis a bens jurídicos patrimoniais de inúmeras vítimas, como os ocorridos em nosso país nos exemplos de golpes no mundo de negócios, financeiro, no mercado de ações ou de capitais, de bancos que faliram embora por longo tempo tenham apresentando publicidade falsa de lucros, etc. É mais uma impunidade para o intitulado “crime de colarinho branco”, para os criminosos ricos, afortunados.

d) Também não concordamos com o Parágrafo 1º do art. 123 que ordena a aplicação dos parágrafos 1º e 2º do artigo anterior sobre a Eutanásia (art. 122) ao artigo sobre o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 123). Ou seja: mandar aplicar ao auxílio a suicídio a disposição de que o juiz “deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco o estreitos laços de afeição do agente com a vítima” e § 2º “Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”. Tecnicamente aplica-se ao crime de auxílio (somente o auxílio a suicídio) textos legais referentes a Eutanásia, o que não é correto ou de boa política, são tipos penais bem diversos.

Indaga-se ainda: porque tal aplicação refere-se somente a “auxílio” que é geralmente de ordem material, de fornecimento dos bens materiais para o suicídio, de caráter objetivo conforme a doutrina e os casos ocorridos como emprestar armas, dar veneno ao candidato ao suicídio, etc., e não as outras formas do cometimento do crime em termos psicológicos, subjetivos como a instigação e o induzimento e qual seria tecnicamente a razão de tal restrição típica? Se tal aplicação incorreta houvesse, deveria ser estendida a todas as formas da prática de tal delito pois seria compreensível, admissível que o agente instigasse ou induzisse a suicídio a alguém em estado terminal devido à doença incurável ou grave, o que seria mais fácil de alguém conseguir em virtude do estado psicológico fragilizado da vítima.

Portanto, entendemos que não deveria constar do texto do novo Código Penal o § 1º do art. 123 como foi proposto, negando-se tal extensão de aplicação.

e) Também sobre a Eutanásia prevista no art. 122 proposto, entendemos que em vez do seu § 2º dispor sobre “Exclusão de Ilcitude” melhor seria tecnicamente ser “isenção de pena” (dirimente penal e não justificativa penal) na hipótese da denominada “Ortotanásia” e assim o texto deveria ser: “É isento de pena o agente que deixa de fazer uso...”

f) Sempre foi tradicional em nossa legislação penal desde a Imperial de 1830 a denominada “atenuante da menoridade”, agente menor de 21 anos na data do crime porém foi excluída do art. 81 do texto proposto que somente incluiu a de “ser o agente maior de 75 anos na data da sentença”, inc. I do art. 81. Na Exposição de Motivos está esclarecido como fundamento de tal exclusão (pág. 255) que a mesma “era um anacronismo por ter sido fixada em 18 anos a maioridade civil”.

Especificamente, entendemos que a idade de 75 anos como circunstância atenuante é excessiva pois pela Constituição Federal a aposentadoria é compulsória aos 70 anos e pelo Estatuto do Idoso quem tem idade superior ou igual a 60 anos (art. 1º da Lei 10.741/2003) é idoso. Assim, 70 anos na data da sentença seria uma fixação mais adequada em nossa compreensão.

Por outra parte, louvável que a Comissão tenha mantido a maioridade penal em 18 anos, sendo geralmente inimputável menor de 18 anos (art. 34), submetido à legislação especial, não acolhendo assim a tese de sua redução para 16 anos apesar da grande campanha que se faz atualmente em nosso país a tal respeito.

g) Cientificamente, em nosso entendimento, não se justifica a inimputabilidade penal prevista no art. 32 do texto proposto somente para o “desenvolvimento mental incompleto” (além da doença mental), eliminando-se do novo texto a referência ao “desenvolvimento mental retardado” (previsto no atual art. 26), como uma das causas da isenção de pena pela anomalia mental. Em verdade são distintos na Psiquiatria o “desenvolvimento mental incompleto” e o “retardado”.

O agente mentalmente retardado nunca conseguirá a sua plena maturidade psíquica, não atingirá jamais o seu total desenvolvimento mental, “fica”, “estaciona” em um seu certo grau, não prosseguindo em seu desenvolvimento como por exemplo no caso do oligofrênico em que alguém pode ter, por exemplo, uma idade de 30 anos e uma idade mental de 3 ou 4 anos pois “parou”, “não seguiu adiante” e nem seguirá ficando, assim, retardado. Já o desenvolvimento mental incompleto significa que é aquele que ainda não se completou, ainda não foi concluído, como no exemplo da criança porém que tem plena capacidade de completar-se, de atingir a sua total maturidade psíquica, o que, reafirmamos o retardado nunca conseguirá.

Também no Par. Único do art. 32 que trata da redução de pena (aplicação científica e juridicamente

para as denominadas personalidades psicopáticas ou atualmente “sociopatas” na terminologia da Psiquiatria) inexistente a alusão ao “desenvolvimento mental retardado” (presente no atual Par. Único do art. 26), e apresentamos as mesmas objeções.

Afinal, como outra razão nossa contrária a tal exclusão, a mesma não se justifica perante o critério ou sistema biopsicológico (admitido pelo vigente art. 26) pelo texto proposto do art. 38 para o reconhecimento da inimputabilidade penal por anormalidade mental.

h) Correta a inclusão do denominado “excesso não punível” das justificativas penais (Par. 3º do art. 28) quando causado por “confusão mental ou justificado medo”, na perturbação dos sentidos, emocional que naturalmente pode ocorrer perante uma agressão injusta ou com o fato de excepcional gravidade que devido às condições pessoais do agente e às circunstâncias da situação não lhe permitiram uma fria, calculada, controlada reação perante tal agressão ou fato.

O Código Penal alemão de há muito admitira o excesso não punível em caso da legítima defesa: “art. 33 – Se o agente excede os limites da legítima defesa por confusão, medo ou susto, então não é punido”. No mesmo sentido, o vigente CP de Portugal, art. 33, 2. A antiga doutrina penal francesa do século XIX – Garraud, Chaveau e Hélie – já sustentava que na aplicação da legítima defesa devia colocar-se o juiz mentalmente na situação do agredido perante a surpresa da agressão ilícita que humanamente não lhe permitiria uma reação defensiva em termos de cálculo matemática, de frieza. Em nossa tese de livre-docência para a Faculdade de Direito do Recife intitulada “A Moderação na Legítima Defesa”. 1957, já defendíamos a inclusão de tal excesso não punível em nossa Legislação Penal.

O texto proposto é superior, melhor que os outros contemporâneos por ter estendido tal excesso a todas as justificativas penais e não somente a legítima defesa.

i) Válido o texto categórico do Par. Único do art. 1º (cujo o caput trata do princípio da legalidade dos crimes e das penas) no sentido de não existir pena sem culpabilidade – princípio de “nulla poena sine culpa” –, impossibilitando-se, assim, qualquer tentativa de acolhida da denominada responsabilidade penal objetiva, repelida pela moderna dogmática penal, rejeição ainda reafirmada quando permite a responsabilidade penal do agente em estado de embriaguez ou estado análogo, voluntário ou culposo, se no momento do consumo era previsível o fato (inc. II do art. 33), não reconhecendo a exclusão da imputabilidade penal.

Pelo vigente texto recorre-se à denominada teoria da “actio libera in causa” ou argumentava-se doutrinariamente que é um caso excepcional da responsabilidade penal objetiva para punição do agente pois seria atendida para punição, pela teoria, não o momento da execução do crime quando o agente estaria

inconsciente pela embriaguez e sim o momento em que se embriagou mesmo que em tal ocasião não tivesse intenção ou previsão do fato criminoso.

Ainda na rejeição da responsabilidade penal objetiva, a necessidade de culpabilidade para a punição do agente, é também reafirmada ao tratar-se no art. 19 da excepcionalidade do crime culposo e assim a punição por dolo é princípio fundamental em matéria de culpabilidade para o nosso sistema penal. Da mesma forma, o art. 21 proposto ao determinar que o resultado de aumento especial de pena somente é imputável ao agente por sua culpabilidade, se o causou com dolo e culpa, como outro texto claro em nossa argumentação da repulsa de tal responsabilidade objetiva.

j) Correto, sob todos os aspectos, o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado prevista do art. 41 usque 44, o que de há muito defendíamos em artigos e em nossos livros de Direito Penal, com base nos artigos 173, § 5º, 225, § 3º da vigente Constituição Federal e no art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605 de 13 de fevereiro e 1998).

A tese favorável defendida em nosso país por alguns penalistas em passado recente vem sendo progressivamente acolhida, havendo ainda grande polêmica sobre a matéria, tese agora vitoriosa ao ser consagrada na proposta do novo texto penal, evitando-se assim uma impunidade bem conhecida, negando-se a teoria da “*Societas delinquere non potest*”.

Sustentamos, inclusive, em capítulos da 5ª edição do nosso livro “Direito Penal, Parte Geral”, Ed. de 2010 (e também em vários artigos) em seu capítulo 17, pág. 299, que a União (o Estado) como pessoa jurídica de direito público interno (Código Civil, art. 41, Inc. I) é criminosa quando omite-se, não cumpre com o que a vigente Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 determina em relação à saúde, educação, segurança, etc. Ou seja: não cumpre com os intitulados “Direitos Sociais” do art. 6º da Constituição que são deveres do Estado pois o mesmo tem como finalidade, em uma democracia, a realização do bem comum.

Portanto, em nosso entendimento, a omissão do Estado ao não cumprir com os seus deveres constitucionais fundamentais (saúde e educação em primeiro lugar) torna-o juridicamente criminoso pela violação da Constituição em tal sentido. E em tal sentido pode-se falar de uma violência criminosa institucionalizada do Estado.

Destacamos que os textos constitucionais quase sempre referem-se ao “Estado” ao tratar dos seus deveres como nos artigos 205 (“educação, direito de todos e dever do Estado”), 196 (“a saúde, direito de todos e dever do Estado”), 144 (“a segurança pública dever do Estado”), 217 (“desporto como dever do Estado”), art. 215 (“a cultura como dever do Estado”), também nos art. 218, 226, 227, 230, etc., etc. da Constituição. No art. 5º da CF, a referência também ao Estado: incisos: LXXIV, LXXV, etc., igualmente

alude ao “Estado” o art. 9º da Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso – em sua obrigação de proteção ao idoso.

Além disso, a violação dos direitos sociais assegurados constitucionalmente pela omissão do Estado, implica também a de muitos direitos individuais previstos no art. 5º da CF, assim como de princípios fundamentais fixados no seu art. 1º e 3º, especialmente a erradicação da miséria, da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Sob outro aspecto, quando o Estado é omissor ou ausente por não cumprir com os seus deveres constitucionais, surge como uma funesta consequência o denominado Estado-Paralelo do poder do crime através do crime globalizado (sobretudo com as máfias), principalmente nas periferias das grandes cidades quando o cidadão comum, esquecido ou desprezado pelo Estado busca “a proteção”, “a ajuda” do crime organizado.

Particularmente, nos países que ainda adotam a pena de morte entendemos que o Estado torna-se homicida, acolhe a Pena de Talião pois “mata quem matou”, em uma vingança criminosa, assassina formalmente legalizada.

l) O vigente art. 59 que se ocupa da fixação da pena, entre as suas circunstâncias judiciais refere-se à personalidade do agente como dos critérios para a aplicação da sanção penal pelo julgador porém o texto proposto do art. 75 eliminou tal referência com o que, data vênua não concordamos, pois se o Direito Penal na compreensão predominante da moderna dogmática penal é do fato, a pena é aplicável mais ao seu autor que ao fato em si mesmo, além de sua culpabilidade como outro critério excepcional, o que consta, aliás do art. 75.

A avaliação da personalidade do agente exemplificando, possibilita que se dois agentes praticam o mesmo fato criminoso de homicídio um poderá ser condenado a uma pena mínima de 6 (seis) anos por ser primário, ter uma boa personalidade ou bons antecedentes e o outro a uma pena maior por ser reincidente ou ter maus antecedentes. Ou seja, o mesmo fato criminoso, o homicídio, com duas penas diferentes em virtude das personalidades diferentes dos seus autores, em sua avaliação técnico-jurídico-penal bem diversa.

Culpabilidade e motivação criminosa (previstas no texto proposto) existem, assim, em nosso entendimento subjetivamente em função de uma personalidade que deve ser referência importante para a devida avaliação do caso ou correta aplicação da sanção penal. Entendemos que a pena aplica-se mais em função do autor do crime que ao fato em si mesmo, o que não significa que se adote o denominado “Direito Penal do Autor”. A avaliação da personalidade é um elemento subjetivo necessário para a aplicação da pena, não deveria ter sido excluída como circunstância judicial a tal respeito.

Não é válida, em nossa compreensão, que a referência à personalidade do agente criminoso como

circunstância judicial seria um resquício da velha doutrina da Escola Positiva da Criminologia das últimas décadas do século XIX, com Lombroso Ferri e Garofalo, seria, argumenta-se, uma volta inadmissível em termos de “lombrosionismo”. Ainda se tal argumentação tivesse procedência, deveria ter sido eliminada também qualquer alusão aos motivos do crime na aplicação da pena pois foi uma das teses fundamentais da Escola Positiva e da própria Psicologia Criminal.

m) Correto e louvável o reconhecimento do princípio da insignificância como excludente de crime, de ilicitude (§ 1º do art. 28) desde que sejam preenchidas certas condições, as quais são idênticas aos denominados “parâmetros” da jurisprudência do STF a tal respeito.

Caso seja adotada a teoria da tipicidade material (e não somente formal em termos de adequação ou concordância do fato ao texto legal repressivo, ao tipo penal) entendemos que melhor seria que se determinasse que o fato “é atípico” que ser colocado tal princípio como excludente de crime em tal sentido foi a nossa sugestão como Membro da Comissão Especial da OAB-PE para a reforma penal.

n) Suprindo uma lacuna de nossa legislação, com o devido acerto, textos propostos, tratam do seu art. 255 da definição do crime de “associação criminosa”. Art. 255: “Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes”, pena de um a três anos, além das penas relativas aos delitos cometidos pela associação, pena que é aumentada até a metade se a associação é armada, e delito que vai ser distinto do de “organização criminosa”: art. 256: “Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza”, prisão de três a dez anos também sem prejuízo das penas que sejam relativas aos delitos cometidos pela organização criminosa. Aumento de pena até a metade em três hipóteses: 1) a organização criminosa é armada; 2) um ou mais de seus membros é integrante da Administração Pública, ou, afinal, em terceiro lugar, se os delitos visados pela organização tiverem caráter transnacional (§ 1º do art. 156).

Ocupou-se, ainda, com acerto, do crime de milícia, atividade reprovável que existe atualmente em nosso país sobretudo nas grandes cidades que através de falsa proteção ou mediante violência ou grave ameaça age com fins ilícitos.

Conforme já salientamos, inclusive em trabalhos, o maior perigo atual de uma organização criminosa é que a mesma adquire cada vez mais um caráter transnacional, de extensão mundializada (exemplo: máfia italiana da Calábria (sul da Itália) até com “filial” na Austrália). Correta

está a definição legal de organização criminosa do art. 256 pois é uma verdadeira empresa com fins ilícitos, com estrutura bem organizada, sistematizada com a divisão de tarefas, com hierarquia bem definida, atuando como se fosse uma atividade comum no mundo dos negócios (o mafioso considera-se um “homem de negócios”, “business man”), o que os estudiosos a respeito têm salientado e que analisamos em trabalhos nossos. Na legislação moderna, o Código Penal da Itália de 1930, vigente ainda com várias alterações, é que apresenta um conceito amplo de organização criminosa em seu art. 416.

A distinção entre os crimes de organização criminosa (art. 256) e de associação criminosa (art. 255) está no “fim específico” de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, e assim a quantidade de pena é que distinguiria a obrigação criminosa da associação criminosa (crimes de pena máxima igual ou superior a 4 (quatro) anos para a organização criminosa, o que inexistente na definição de associação criminosa), destacando-se ainda as características da organização criminosa que estão bem salientadas no art. 256 em um verdadeiro em nossa compreensão conceito doutrinário correto sobre a organização criminosa vulgarmente dita como “máfia”. É importante também salientar que tais delitos organizados são considerados crimes contra a paz pública (título 8º, capítulo 4º), que é iniciado pelo delito de terrorismo (art. 232).

Também, muito corretamente suprindo outra lacuna da vigente legislação, no seu título VI o Código proposto trata dos denominados “crimes cibernéticos” (art. 208 usque 211), inclusive definindo-se no art. 208 o que se considera “sistema informático”, “dados informáticos”, “provedor de serviços” e afinal “dados de tráfego”, definição para devidos efeitos penais é um texto de indispensável conteúdo teórico, não repressivo, necessário à correta aplicação dos delitos que a partir do art. 209 são fixados (“acesso indevido”, “qualificado e com aumento de pena”, “sabotagem informática”).

o) Ao tratar da denominada culpa gravíssima em seu art. 121, § 5º a sua finalidade, em nossa compreensão, foi eliminar a hipótese de aplicação do dolo eventual no resultado “morte” na direção de veículos, embarcação ou aeronave com o agente sob a influência de álcool ou substância de efeito análogos, ou através de “racha”, de “pega”, de corrida de carros não autorizada legalmente pois ultimamente a jurisprudência em nosso país tinha admitido a punição a título de dolo eventual, com o agente em tais situações ou por estar embriagado. É a culpa gravíssima “com excepcional temeridade” no texto proposto, com pena de quatro a oito anos de prisão e quando as circunstâncias do fato demonstraram que o agente não quis o resultado morte (dolo direto) e nem assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), o qual ficaria, portanto, excluído em virtude de tal previsão da lei.

p) Houve redução típica do delito de estupro pois o vigente art. 213 com a redação da Lei 12.015/2009

ampliou o conceito de tal delito ao referir-se a “conjunção carnal ou outro ato libidinoso”, praticado com violência ou grave ameaça, abrangendo, assim, qualquer ato sexual violento porém o texto proposto do art. 180 fala somente em “ato sexual vaginal, anal ou oral”, e portanto pela primeira ação típica somente a mulher será a vítima (“ato sexual vaginal”).

Assim sendo, ao contrário do texto vigente, um beijo forçado, por exemplo, apalpar o corpo de uma mulher contra a sua vontade, outro exemplo, não é mais “estupro” pelo texto proposto o que é pelo vigente art. 213 e será pelo texto proposto do art. 182 o crime de “molestamento sexual” quando for praticado com violência física ou moral (grave ameaça) um ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral, porém com a pena de 2 a 6 anos se há a violência, se não houver a pena é de 1 a 2 anos.

Sem dúvida, tal art. 182 faz lembrar de uma certa forma o antigo crime de atentado violento ao pudor, que era previsto no art. 214 do CP e que foi revogado pela lei 12.015/2009, que ocorria com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e pelo texto proposto do art. 182 é com a prática de “ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral”.

Não consideramos um ato sexual violento por mais grave que seja com a mesma gravidade de um ato violento (doloso) contra a vida e portanto sugerimos que a pena de homicídio simples seja de 10 a 20 anos (e não de 6 a 20 como está no texto proposto do art. 121) para distinguir-se do crime de estupro do art. 180 que é de 6 a 10 anos pois o mínimo de tal delito é igual ao mínimo do crime de homicídio, ou seja, prisão de 6 anos.

# CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS E O PLS Nº 166/2010

## Beclaute Oliveira Silva

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação).

Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL).

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC)

Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP)

*O Universo não é uma ideia minha.*

*A minha idéia do Universo é que é uma ideia minha.*

*A noite não anoitece pelos meus olhos,*

*A minha idéia da noite é que anoitece pelos meus olhos.*

*Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos*

*A noite anoitece concretamente*

*E o fulgar das estrelas existe como se tivesse peso.*

*Fernando Pessoa (Alberto Caeiro), in Poemas Inconjugados.*

## INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E SUA RELEVÂNCIA

O instituto da coisa julgada, uma das expressões da segurança jurídica,<sup>1</sup> já encontra regramento no milenar Direito Romano.<sup>2</sup> Desde então, inúmeras teorias tomaram a coisa julgada como objeto de sua reflexão,<sup>3</sup> principalmente após o advento do modelo liberal de Estado, em que a estabilidade das relações e a sua definitude passaram a ser uma das principais bandeiras da emergente classe burguesa.<sup>4</sup>

No presente artigo, a preocupação central não é estabelecer um conceito de coisa julgada, mas analisar os problemas advindos do conflito que se colocam quando duas ou mais coisas julgadas disciplinam o mesmo objeto.

O vigente Código de Processo Civil (CPC) põe a rescisória como instrumento apto a solucionar o conflito entre as coisas julgadas, porém da seguinte forma: “art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) IV – ofender a coisa julgada”. A proposta de novo CPC, aprovada no Senado Federal (PLS<sup>5</sup> nº 166/2010), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, veicula solução similar, já que estipula: “A sentença ou acórdão de mérito, transitados em julgado, podem ser rescindidos quando: (...) IV – ofenderem a coisa julgada”.

Infelizmente, como será exposto, a solução preconizada pelo vigente diploma processual, como também pelo projetado, é insuficiente, já que deixa sem regramento específico o tormentoso problema do conflito entre duas ou mais coisas julgadas. Ademais, algo que permanece sem solução legislativa é a determinação de qual coisa julgada deve prevalecer no caso do conflito, quando a mais nova é rescindível, mas ainda não rescindida. Isso porque se há duas coisas julgadas e a segunda ainda pode ser rescindida, no prazo estipulado em lei, resta o problema de qual deve prevalecer enquanto a ação rescisória não for ajuizada ou, sendo veiculada, não houver decisão determinando, por exemplo, a suspensão de uma eventual execução de uma das sentenças ou de um dos acórdãos. Isso se complica, pois o juiz de primeiro grau, onde normalmente se processa a execução dos julgados, não possui competência rescisória.<sup>6</sup>

A doutrina especializada, como se verá, veicula respostas díspares para os problemas propostos, o que redundará em dissonância jurisprudencial. Ou seja, a inexistência de regramento específico gera soluções dissonantes que poderiam ser minoradas com a existência de um tratamento legislativo específico.

Por tal razão a reflexão sobre o problema acima proposto se impõe, bem como indica a necessidade de um regramento mais pormenorizado sobre o assunto.

No intuito de melhor expor a problemática lançada, bem como visando apresentar uma proposta de solução, pretende-se neste artigo, inicialmente, delimitar

1. SANTOS, Joyce Araújo dos. Teoria da Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 83-84.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 223.

3. Ver a respeito o trabalho coordenado pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, cuja referência segue: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord. e colaborador). Coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte, 2007.

4. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma da racionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115.

5. PLS: Projeto de Lei do Senado Federal.

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 1ª ed., atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 262.

de forma sucinta o que se entende por coisa julgada para, logo depois, tratar das diversas formas de solução postas pela doutrina a fim de equalizar o problema colocado: conflito entre coisas julgadas. Em seguida, demarcar-se-á a insuficiência do tratamento dado pelo sistema vigente e o proposto pelo PLS nº 166/2010. Ao final, lançar-se-á a proposta que, ao juízo do presente articulista, melhor se coloca como solução para o problema proposto. Pretende-se com isso contribuir com a discussão que bispa o aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro, conferindo, mediante regramento específico, certeza jurídica (um dos corolários da segurança jurídica) onde hoje imperam a dúvida e a insegurança diante de problema tão tormentoso e tão frequentemente debatido nos tribunais.

## 1. COISA JULGADA NO PANORAMA LEGISLATIVO PÁTRIO

O vigente diploma constitucional estabeleceu em seu artigo 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.<sup>7</sup> Salienta Pontes de Miranda que esse dispositivo nem sempre teve assento constitucional, tratando-se de regra de direito intertemporal constitucionalizada.<sup>8</sup> Trata-se de norma de estrutura ou de competência, já que se dirige ao órgão responsável para a feitura de outras normas, delimitando sua competência.<sup>9</sup> Consoante escólio de Gabriel Ivo, as normas de estrutura são normas de produção jurídica que têm por função regular a competência, o processo e o conteúdo ou matéria a ser modelado pela autoridade do sistema jurídico. Estas normas juridicizam o conjunto de atos praticados tendentes a produzir o enunciado e o próprio enunciado produzido.<sup>10</sup>

Neste passo, por ter a coisa julgada assento constitucional, poder-se-ia rechaçar a existência de dispositivos legais (infraconstitucionais) que estipulassem a possibilidade de ação rescisória ou de sua correlata penal, a revisão criminal, pois ambas têm por objeto desfazer a sentença que transitara em julgado. Este rechaço, entretanto, não se pode sustentar, pois o constituinte, que estabeleceu a proteção à coisa julgada, também estabeleceu a possibilidade de rescisória, como se colhe da leitura do art. 102, I, j, da CF/88 (competência do STF); art. 105, I, e, da CF/88 (competência do STJ); art. 108, I, b, da CF/88 (competência dos TRFs); art. 27, §10, do ADCT. A doutrina processual-constitucional, de maneira

uniforme, entende que a indicação não é exaustiva, tanto que existe a possibilidade de ação rescisória também na Justiça Estadual, na Justiça Eleitoral, na Justiça do Trabalho – aplicação subsidiária do CPC, por conta da prescrição do art. 866 da CLT, c/c art. 769 da CLT – e na Justiça Militar. Ademais, a Constituição estabeleceu a competência para que as referidas ações, rescisória e revisional, fossem reguladas por lei infraconstitucional, como se pode ver, no caso da rescisória, na atual regulação dada pelo CPC vigente, bem como do Código projetado objeto da presente análise, mediante o exercício da atribuição prevista no art. 22, I, da CF/88.

Com essas considerações, pode-se afirmar que a lei infraconstitucional é capaz de, mediante ação rescisória e sua correlata na esfera penal, rever coisas julgadas que hajam transitado em julgado. Reforçando, a Constituição autoriza – norma de competência – a ação rescisória, tendo sua disciplina afetada ao legislador infraconstitucional, como se constata nos diplomas processuais vigentes. Por esta razão o disciplinamento que se propõe está dentro da competência do legislativo federal, no plano infraconstitucional.

Outro ponto pertinente a este tópico consiste em identificar os contornos da coisa julgada. A nossa Carta Magna não estipulou, normativamente, o conteúdo da coisa julgada. Acabou por delegar tal mister à legislação infraconstitucional. Nesse sentido, encontramos o posicionamento do STF, no RE 144.996, Relator Ministro Moreira Alves, que se transcreve:

A coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa. (RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29.4.97, DJ de 12.9.97).

Percebe-se, a partir do aludido julgado, que o dispositivo inserto na LICC,<sup>11</sup> hoje LINDB,<sup>12</sup> permanece em vigor, segundo entendimento do STF. Entretanto, outros dispositivos legais disciplinam a coisa julgada. Eis transcritos os dispositivos legais que demarcam a coisa julgada:

Art. 6º, §3º, da LINDB: ‘Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso’.

Art. 467 do CPC: ‘Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não

7. Preceito com estipulação idêntico é encontrado na maioria das Constituições Brasileiras anteriores. V.g.: art. 153, § 3º, da Emenda nº 1, de 17/10/1969; art. 150, § 3º, da CF/1967; art. 141, §3º, da CF/46; art. 113, 3, da CF/1934. Apenas as Constituições de 1824, de 1891 e de 1937 não possuíam tal dispositivo.

8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t.V (arts. 444 a 475), p. 159-160.

9. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1. reimp. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 33-34 e 45.

10. IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2005, p. 4.

11. LICC: Lei de introdução ao código civil.

12. LINDB: Lei de introdução às normas do direito brasileiro.

mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 489 PLS nº 166/2010. 'Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso'.

A estipulação do art. 6º, §3º, da LINDB se refere à coisa julgada lato sensu, seja a formal, seja a material. Já a estipulação do CPC dirige-se à coisa julgada material.

A legislação processual, no intuito de delimitar a coisa julgada material, foi além: estabeleceu que apenas a parte dispositiva da sentença (ou acórdão) faria coisa julgada. Essa interpretação decorre da análise do art. 469 do CPC.<sup>13</sup> No projeto, o disposto no art. 469 do CPC se apresenta no art. 491 do PLS nº 166/2010, mas sem a prescrição contida no inciso III, que fora suprimida.<sup>14</sup>

Por ser um conceito infraconstitucional, o legislador tem liberdade para estipular que decisões fazem coisa julgada material ou não, como ocorre nas ações coletivas.<sup>15</sup>

Deve-se salientar que a imutabilidade conferida pela coisa julgada dirige-se ao elemento declaratório da sentença. Sua função é evitar o *ne bis in idem*.<sup>16</sup> Acerca da coisa julgada, Pontes de Miranda assevera:

A declaratividade é essencial à eficácia de coisa julgada: faz coisa julgada qualquer sentença que tenha força declarativa (5), ou eficácia declarativa imediata (4), ou eficácia declarativa mediata (3). Quando se fala de coisa julgada, alude-se a que se sabe e se declara o que foi julgado.<sup>17</sup>

Ainda com relação à coisa julgada, importante destacar a lição de Leonardo Carneiro da Cunha, com lastro no art. 301 do CPC, de que haverá identidade entre coisas julgadas quando ambas as ações possuírem as mesmas partes, causa de pedir e pedido.<sup>18</sup> Rodrigo Klippel e Antonio Adonias salientam que a análise do conflito entre coisas julgadas deve levar em consideração, para sua configuração, a demarcação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.<sup>19</sup>

Fica pontuado, de forma sintética, para os fins do presente artigo, o sentido que o sistema jurídico confere à coisa julgada, bem como a natureza infraconstitucional de sua regulação e de sua desconstituição.<sup>20</sup>

Passa-se agora a descrever a maneira como a doutrina vem tratando a forma como solucionar o problema do conflito entre coisas julgadas.

## 2. CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS VERSÕES DOUTRINÁRIAS

### 2.1 Palavras iniciais

Há conflito entre coisas julgadas quando duas decisões transitadas em julgado, em igual sentido ou em sentido diverso, disciplinam matéria com conteúdo idêntico, ou seja, mesmas partes, causa de pedir e pedido. Situações como essa têm acontecido e causado inúmeros problemas, gerando uma crise de credibilidade no Judiciário.

O conflito entre coisas julgadas tem solução preconizada no sistema processual vigente, como também no Código projetado, que é a ação rescisória. No entanto, como salienta José Carlos Barbosa Moreira, quando a coisa julgada superveniente se torna irrevocável, não há, no direito pátrio, solução inteiramente satisfatória para o problema.<sup>21</sup> Passa-se a descrever as soluções propostas pela doutrina pátria para a questão posta em xeque no presente artigo.

### 2.2 Tese da inexistência jurídica

Destaca Flávio Luiz Yarshell que nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas prevalecia a tese de que a segunda coisa julgada seria inexistente.<sup>22</sup> Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira noticia que a aludida tese já existia no Direito Romano.<sup>23</sup> Não se trata portanto de invenção dos modernos.

A tese da inexistência jurídica da segunda coisa julgada tem adeptos na doutrina processual hodierna, que parte do argumento de que uma vez produzida a primeira coisa julgada, o ajuizamento de demanda idêntica padeceria de ausência de interesse de agir, uma das condições da ação. Havendo carência de ação, não existiria ação nem processo, muito menos sentença e coisa julgada que a imuniza.<sup>24</sup> Essa é a tese defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel

13. Art. 469. "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo."

14. Art. 491 do PLS 166: "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença."

15. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual de Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 745.

16. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das Ações. 2ª ed. São Paulo: RT, 1972, t. I, p. 198-199.

17. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 154.

18. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Os elementos da ação e a configuração da coisa julgada. RDDP, 22:112.

19. KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. Manual de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 985.

20. TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 157-158.

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit., p. 223.

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 156.

22. YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 318.

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Op. cit., p. 223.

24. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 507-510 e 558.



Garcia Medina,<sup>25</sup>entre outros. Os mencionados autores argumentam que o manejo da ação rescisória seria prescindível, já que decisão juridicamente inexistente não faz coisa julgada.<sup>26</sup> Argumentam que, no caso, o remédio jurídico para resolver o impasse causado pelo advento da nova decisão seria o manuseio de ação declaratória de inexistência, que não possui prazo para sua veiculação.

### 2.3 Tese da nulidade de pleno direito

Outra versão veiculada pela doutrina é a que considera nula a coisa julgada superveniente, podendo ser nulificada mediante ação declaratória que não se submete ao prazo decadencial do art. 495 do CPC. O fundamento para tal assertiva, desenvolvido por Thereza Alvim,<sup>27</sup> tem por lastro a questão da carência de ação. Trata-se de argumento idêntico ao sustentado por Teresa Wambier, mas com consequências diversas, já que aqui se defende a nulidade de pleno direito da segunda coisa julgada, e na outra hipótese, a inexistência da coisa julgada superveniente.

### 2.4 Tese da inconstitucionalidade da coisa julgada posterior

Há quem defenda que a segunda coisa julgada viola o preceito constitucional que garante a coisa julgada. Assevera-se que a vedação dirigida à lei, prevista na Constituição (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – art. 5º, XXXV da CF/88), destina-se também à coisa julgada superveniente. Tal pensamento não deixa de ser uma forma de reputar sem fundamento de validade a coisa julgada posterior. Muda-se entretanto a justificativa para imputar à coisa julgada superveniente a pecha de inválida.

Ademais, um dos defensores da aludida tese reputa que a desconstituição da decisão infratora não se sujeitaria ao biênio do art. 495 do CPC, em homenagem à supremacia da Constituição. Sustenta a aludida tese Sérgio Rizzi,<sup>28</sup> com esteio em trabalho de Arruda Alvim e Alcides de Mendonça Lima, citados em sua obra.

### 2.5 Tese da revogação

Para esta concepção, o fato de a coisa julgada superveniente alcançar a qualidade de coisa soberanamente julgada, ou seja, não poder ser mais rescindida, implicaria revogação da coisa julgada anterior que regule matéria idêntica. A referida tese encontra respaldo no trabalho de Fredie Didier Jr. e de Leonardo Carneiro da Cunha,<sup>29</sup> de Eduardo Talamini,<sup>30</sup> bem como no pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart.<sup>31</sup>

### 2.6 Tese da ineficácia

Os adeptos desta concepção afirmam que a coisa julgada superveniente é eficaz e rescindível, mas após o biênio legal, torna-se eficaz e irrevocável. Há, no caso, um corte no plano da eficácia jurídica, permanecendo incólumes os demais planos, existência e validade. Essa é a posição defendida por Pontes de Miranda,<sup>32</sup> José Carlos Barbosa Moreira,<sup>33</sup> Flávio Luiz Yarshell,<sup>34</sup> Humberto Theodoro Jr.,<sup>35</sup> Paulo Roberto de Oliveira Lima,<sup>36</sup> Ernane Fidélis dos Santos,<sup>37</sup> etc.

## 3. ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES COLOCADAS PELA DOUTRINA

No presente tópico, verificar-se-á criticamente as teses lançadas pela doutrina para solucionar o problema, apontando, se for o caso, sua utilidade para eventual proposta de mudança legislativa.

A tese que coloca a segunda coisa julgada como inexistente, embora tenha sido tese vigente no Direito Romano e nas Ordenações, como salientado, não se coaduna com a sistemática atual, que regulou a questão de modo diverso, trazendo-a para o campo da rescisão, com prazo decadencial para sua veiculação. Salienta Pontes de Miranda que “a preclusividade da exceção e da ação, por ofensa à coisa julgada, atende ao relativismo filosófico dos povos contemporâneos”.<sup>38</sup> Esta solução foi a escolhida pelo CPC vigente e pelo PLS nº 166/2010.

A prevalência da tese da inexistência coloca como letra morta a cláusula legal que prevê a rescisória no caso de ofensa à coisa julgada. Como salientam Teresa Wambier e Miguel Medina, “o manejo da ação rescisória,

25. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. O Dogma da Coisa Julgada. São Paulo: RT, 2003, p. 36-39.

26. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. O Dogma da Coisa Julgada. São Paulo: RT, 2003, p. 39.

27. ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1985, p. 12-13.

28. RIZZI, Sérgio. Ação Rescisória. São Paulo: RT, 1979, p. 133-138.

29. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Podivm, 2010, vol. 3, p. 394-396.

30. TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. Op. cit. p. 156.

31. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: RT, p. 651.

32. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações rescisórias. Atual. por

Wilson R. Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 259.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. Op. cit., p. 224.

34. YARHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória. Op. cit., p. 320.

35. THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. I, p. 701.

36. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuições à Teoria da Coisa Julgada. São Paulo: RT, 1997, p. 126-128.

37. SANTOS, Ernane Fidélis. Manual de Direito Processual Civil. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 1, p. 637.

38. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das Ações Rescisórias. Op. cit., p. 264.

neste caso, apesar da letra da lei, é prescindível”.<sup>39</sup>

Já que o Código projetado mantém a hipótese de ação rescisória por conta da ofensa à coisa julgada, com prazo para seu manuseio, há indicativo palpável de que a tese de inexistência não é a acatada pelo sistema que se pretende construir.

Saliente-se, ainda, que a linha de raciocínio que fundamenta a tese da inexistência parte da ideia de que a carência de ação implica inexistência processual. No entanto, o direito de ação, garantia constitucional, tem como premissa a estipulação de que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXV da CF/88). Admitir que as condições da ação impedissem o surgimento do próprio direito de ação seria fazer tábula rasa do preceito constitucional mencionado. Neste passo, as condições de ação, como ficou assentado no pensamento de Kazuo Watanabe, são “requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito”.<sup>40</sup>

Desta feita, não pode prevalecer a tese de que a coisa julgada superveniente é juridicamente inexistente, uma vez que fora veiculada em um demanda que, respeitado o contraditório, teve o condão de produzir nova coisa julgada. Frise-se, respeitado o mínimo contraditório, com o chamamento do réu de forma válida, porque se houver ausência ou nulidade da citação, a decisão ali veiculada não produzirá efeito em relação ao réu (art. 475-L, I do CPC), tratando-se de hipótese de querela nullitatis, que pode ser ajuizada a qualquer tempo.<sup>41</sup>

O argumento que objeta a tese da inexistência também serve para a alegação de que a segunda coisa julgada é nula de pleno direito, defendida por Thereza Alvim, já que parte da mesma premissa, a carência de ação.

O que se percebe é que a solução proposta para resolver o conflito entre coisas julgadas, que toma por lastro a inexistência ou nulidade de pleno direito da segunda decisão, apesar de interessante, não guarda pertinência com o sistema processual pátrio, que prevê expressamente, para o caso, a ação rescisória, no prazo que a lei estipula. Da mesma forma não guarda pertinência com o sistema processual que se projeta que, como visto, adota a sistemática vigente. Por todos os argumentos as teses de inexistência e de nulidade de pleno direito devem ser rejeitadas.

Interessante solução foi a preconizada por Sérgio Rizzi, que pôs o problema como questão constitucional. Aqui haveria um problema de hierarquia. Ou seja, a coisa julgada veiculada na primeira demanda passaria

a possuir imunização constitucional. Com isso, a regra infraconstitucional que estipula prazo para propositura de ação rescisória (art. 495 do CPC e art. 928 do PLS nº 166/2010), por ofender cláusula constitucional, não deveria ser aplicada, sendo possível a rescisão da coisa julgada superveniente a qualquer tempo.<sup>42</sup>

A tese sob análise não pode prevalecer, já que a garantia constitucional se dirige à coisa julgada e não à primeira coisa julgada; logo, ambas estão protegidas pelo manto constitucional. Fazer tábula rasa da segunda acabaria por ofender a própria garantia da coisa julgada.<sup>43</sup> Ademais, os autores do Código projetado não adotaram esta linha de raciocínio, tanto que mantiveram a hipótese de rescisória, no caso de ofensa à coisa julgada.

Outro argumento muito considerado pela doutrina é o da revogação, ou seja, a primeira coisa julgada seria revogada pela segunda, após o biênio decadencial, que no PLS nº 166/2010 reduz-se para um ano (art. 928 do Projeto do Novo CPC). Isto é, antes do término do prazo, as duas coisas julgadas seriam eficazes, e a segunda seria rescindível. Com o fim do prazo sem a propositura da rescisória, haveria revogação da primeira coisa julgada. Tal solução é muito interessante e muito se assemelha à tese da ineficácia da primeira coisa julgada, mas apresenta alguns problemas que impedem sua adoção.

O problema da tese sob análise decorre do fato de a revogação possuir um sentido próprio no sistema pátrio que implica, de certa forma, inutilidade para solucionar o problema do conflito entre coisas julgadas. Isso se dá por conta do conceito de revogação. Gabriel Ivo, a respeito, vaticina:

A revogação retira vigência da norma jurídica revogada para o futuro. Acontecem os fatos previstos na sua hipótese de incidência, mas ela não incide para juridicizá-lo, porquanto desprovida de vigência, de força para disciplinar as condutas. No entanto, continua vigente para ser aplicada aos casos que surgiram no lapso temporal anterior à sua revogação, numa espécie de vigência residual. (Destacou-se).<sup>44</sup>

Percebe-se da lição transcrita que a norma revogada permanece regulando os fatos que foram alcançados por seus efeitos. Isso acontece com a norma abstrata e geral<sup>45</sup> e, principalmente, com comandos concretos e individuais ou gerais,<sup>46</sup> como se dá nas decisões que transitam em julgado. O passado, já regulado,

39. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada. Op. cit., p. 39.

40. WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed., 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000, p. 77. No mesmo sentido, SAMPAIO JR., José Herval. Processo Constitucional. São Paulo: Método, 2009, p. 145-150.

41. KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. Manual de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1020-1021.

42. RIZZI, Sérgio. Ação Rescisória. Op. cit., p. 139.

43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. Op. cit., p. 226.

44. IVO, Gabriel. Norma Jurídica: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 85-86.

45. Norma abstrata (antecedente se refere a um fato de possível ocorrência) e geral (consequente regula as relações entre destinatários indeterminados).

46. Norma concreta (antecedente se refere a um fato já ocorrido) e individual (consequente regula relação entre pessoas determinadas); geral (consequente regula relação entre pessoas indeterminadas).

não muda. Isso decorre da garantia constitucional da segurança jurídica.

Portanto, tanto a primeira coisa julgada como a nova, em conflito, regulam situações pretéritas, imunizando-as contra a mudança. Sempre bom lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda, já transcrito, que a coisa julgada se dirige à eficácia declaratória que tem por fim estabelecer se algo aconteceu ou não.<sup>47</sup> Ou seja, refere-se ao passado.

Quer-se com isso dizer que a tese da revogação nada resolve, já que a coisa julgada revogada permanecerá de forma eficaz regulando as situações que ela antes regulava, por conta da vigência residual, como pontuou Gabriel Ivo.<sup>48</sup> Desta feita, ambas estarão disciplinando o mesmo objeto de modo eficaz, já que as matérias que as coisas julgadas regulam são eventos que já ocorreram (antecedente concreto) e estão, de forma suficiente, albergadas pelo manto protetivo e imunizante decorrente do trânsito em julgado.

Saliente-se que revogar não é rescindir ou desconstituir, mas substituir com eficácia ex nunc. Tal tese teria sentido jurídico se a revogação tivesse eficácia ex tunc, varrendo todos os efeitos produzidos pela primeira coisa julgada. Não parece ser o caso, já que a eficácia ex tunc não é típica da revogação. Por tal razão refuta-se a tese da revogação, embora a solução seja muito bem aceita por diversos e renomados autores.

A tese da ineficácia da primeira coisa julgada se revela como a que melhor se coloca para solucionar o problema. Ela será objeto de análise no próximo item.

#### 4. SOLUÇÃO PROPOSTA TESE DA INEFICÁCIA

O problema do conflito entre coisas julgadas acabou por introduzir no sistema um problema que se põe no plano da eficácia. Saliente-se que a exceção de coisa julgada é fato jurídico impeditivo, pois tem o condão de obstar o prosseguimento de outra relação jurídica processual cujo objeto seja idêntico ao já julgado.<sup>49</sup> Tal fato pode ser conhecido de ofício pelo magistrado. Uma vez reconhecido o aludido fato, decreta-se a extinção do processo, nos termos do art. 267, V, do CPC e art. 472, V, do PLS nº 166/2010. Percebe-se então que a existência de coisa julgada não torna inválido outro processo, mas impede o seu prosseguimento. Por isso também não se pode acatar a tese de nulidade defendida por parte da

doutrina. Como dito, trata-se de problema de eficácia.

Após o trânsito em julgado da segunda decisão, surge o primeiro problema de eficácia: ambas as decisões são eficazes ou a segunda é eficaz até ser rescindida?

Analisando o sistema vigente, apesar dos problemas, há forte indicativo de que deva prevalecer a segunda até que ela seja rescindida. Ou seja, deve o magistrado, diante do conflito, conferir eficácia à segunda, já que a forma que existe para que a primeira adquira a eficácia tolhida pelo advento de nova coisa julgada é a procedência da ação rescisória ou decisão provisória no bojo da ação rescisória, conferindo eficácia à primeira coisa julgada. Sempre lembrar que “o ajuizamento de ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou do acórdão rescindendo”,<sup>50</sup> salvo se concedido provimento de urgência (art. 489 do CPC).

Deve-se salientar que, no bojo da ação rescisória, pode haver provimento judicial determinando o prosseguimento da execução da primeira coisa julgada. Neste caso, o prosseguimento não é efeito da coisa julgada, mas da decisão emitida no juízo rescisório que lhe confere eficácia provisória. Apenas com o trânsito em julgado da decisão que rescinde a segunda coisa julgada, restabelece-se a eficácia plena e definitiva da primeira coisa julgada. Não se trata de repristinação, pois revogação não houve, mas de restabelecimento de eficácia.

Agora, se a primeira coisa julgada for executada sem que haja decisão restabelecendo sua eficácia, por exemplo, e houver sido dado ao titular o bem da vida, no todo ou em parte, não cabe repetição, já que a ineficácia do título não implica inexistência do direito. Isso já ocorre com relação ao crédito prescrito. A obrigação encartada no título executivo judicial imunizado por coisa julgada ineficaz terá natureza de obrigação natural que, uma vez adimplida, não se repete.<sup>51</sup> Tal solução tem lastro no pensamento de Pontes de Miranda.<sup>52</sup>

Passado o biênio sem que seja ajuizada a ação rescisória, tem-se que a primeira coisa julgada perde o seu efeito.<sup>53</sup> Idêntica consequência decorre do fato de ela ter sido ajuizada e julgada improcedente. Saliente-se, mais uma vez, que a satisfação de um crédito com base na coisa julgada ineficaz é definitiva, não implicando repetição. Caso haja execução da primeira coisa julgada, cabe ao interessado opor o fato impeditivo que decorre da coisa soberanamente julgada da segunda coisa julgada. Assim, a irrevocabilidade é fato jurídico impeditivo do

47. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 154.

48. IVO, Gabriel. Norma Jurídica: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 85-86.

49. José Frederico Marques denomina preliminar de coisa julgada como pressuposto processual negativo. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 1975, p. 243.

50. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 376.

51. Acerca do tema obrigação natural, ver trabalho veiculado por este articulista. SILVA,

Becloute Oliveira. Obrigação natural: apontamentos analíticos. In EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Org.). Temas de Direito Civil Contemporâneo: estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, v. 1, p. 111-130.

52. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado da Ação Rescisória. Op. cit., p. 260-261.

53. Enfatizando a importância do respeito ao biênio, ver o trabalho de PEREIRA, Mateus Costa. O inciso V do art. 485 do CPC e a transformação da rescisória em recurso ordinário com prazo dilatado. RDDP, 68:58.

processamento de execução ou de efetivação de coisa julgada suplantada por nova coisa soberanamente julgada.

A solução que se coloca, como visto, já está assentada de certa forma no pensamento de autores como Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Jr., Flávio Yarshell, Paulo Roberto de Oliveira Lima etc. No entanto, padece o sistema vigente de um regramento pormenorizado do problema.

## 5. CONCLUSÃO PROPOSIÇÃO PARA O PLS Nº 166/2010

Alguns autores, como é o caso de Eduardo Talamini, pautados no modelo francês, pugnam pelo alargamento do prazo para a rescisória ou por sua supressão nas hipóteses de conflito entre coisas julgadas.<sup>54</sup> No mesmo sentido, defendendo a eliminação do prazo, encontra-se a proposta de Alexandre Freitas Câmara<sup>55</sup> e Paulo Roberto de Oliveira Lima.<sup>56</sup>

No caso, a proposta que se coloca não toma como lastro o fim do prazo, já que isso implicaria, provavelmente, problemas com relação à segurança jurídica, pois, de certa forma, intentando proteger a coisa julgada, torná-la extremamente vulnerável, uma vez que a qualquer tempo ela poderia ser revista. Por tal razão, optou-se por aplicar a tese da ineficácia em uma proposição que tem por finalidade regular o aludido conflito.

Portanto, o PLS nº 166/2010 não inova no tratamento dado ao problema proposto e, como salientado, um regramento específico para a situação implicaria uma maior racionalização de questões que infelizmente batem à porta do Judiciário. Ademais, a proposta do novo Código tem em mira aperfeiçoar e dar melhor e mais rápida solução aos litígios. Esse antiquíssimo problema necessita, com urgência, de um disciplinamento a fim de diminuir a possibilidade de que decisões díspares minem a credibilidade das instituições.

A proposta que se coloca toma como base a tese que vislumbra na ineficácia jurídica a solução para o conflito, como já afirmado. No caso, o acréscimo se daria com a inclusão de dois parágrafos ao artigo 928 do PLS nº 166/2010, ou seja, transformaria o parágrafo único em parágrafo primeiro e se acrescentariam os parágrafos segundo e terceiro. Segue a proposta com base na exposição aqui lançada, em negrito:

Art. 928. O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão.

§1º Se fundada no art. 919, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal.

**§2º Havendo duas ou mais coisas julgadas disciplinando a mesma relação jurídica material em sentido idêntico ou diverso, deve prevalecer a última a transitar em julgado, sendo as demais reputadas ineficazes.**

**§3º A eficácia da última decisão transitada em julgado só poderá ser suprimida, de forma provisória ou definitiva, por decisão proferida em sede de ação rescisória.**

Percebe-se do texto proposto que a ideia é conferir maior clareza ao tratamento da tormentosa questão do conflito entre coisas julgadas. A oportunidade e a pertinência para tal regulação decorre do fato de que a massificação dos feitos tem colocado às portas do Judiciário inúmeros casos que têm por objeto o conflito entre coisas julgadas.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1985.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1ª reimp. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. 2.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Os elementos da ação e a configuração da coisa julgada. **RDDP**, 22:112.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Podivm, 2010, vol. 3.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2005.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuições à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 1997, p. 126-128.

54. TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. Op. cit., p. 664.

55. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. 2, p. 28-30.

56. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada

- LEAL, Rosemiro Pereira (Coord. e col.). **Coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PEREIRA, Mateus Costa. O inciso V do art. 485 do CPC e a transformação da rescisória em recurso ordinário com prazo dilatado. **RDDP**, 68:58.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475).
- \_\_\_\_\_. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 1ª ed., atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Tratado das Ações**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1972, t. I.
- RIZZI, Sérgio. **Ação Rescisória**. São Paulo: RT, 1979.
- SAMPAIO JR., José Herval. **Processo Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.
- SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 1.
- SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.
- SILVA, Beclate Oliveira. Obrigação natural: apontamentos analíticos. In EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Org.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**: estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma da racionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: RT, 2005.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. I.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2003.
- WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed., 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000, p. 77.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 318.

# O EXCESSO DE PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

## **Dayse de Vasconcelos Mayer**

Mestra e Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Ex-docente da mesma instituição, professora da UFPE, assessor-chefe da Corregedoria Geral da Justiça do TJPE.

## **1. A QUESTÃO**

A questão versada neste artigo vem suscitando grande atenção e interesse da doutrina nacional e internacional. A justificativa maior é o questionamento da atividade levada a cabo pela Administração Pública no Estado Democrático de Direito. Regras, princípios ou teorias tentam a delimitação da esfera de competência própria ou exclusiva do administrador de modo a barrar ou evitar que este se desvie da lei, dos interesses públicos, de motivações inexistentes ou inconciliáveis com os motivos determinantes. É justamente nos aspectos a que se alude que se põem os grandes problemas encravados na matéria que ora será verticalizada.

A sugestão focada volta-se, especificamente, para a atividade e função da Administração e para os resultados da atuação estatal: o direito administrativo positivo<sup>1</sup>. Partindo desta premissa, considerar-se-á a função administrativa como referencial de análise para o conhecimento do direito vigente brasileiro e da atividade exercida pelos órgãos ou entidades estatais de natureza infraconstitucional. Tal desiderato objetiva o atendimento ao interesse público – sempre condicionado, na esfera administrativa, à correição, controle ou sindicalização dos órgãos competentes.

Ponto relevante a sobrelevar diz respeito ao tipo de Constituição recepcionada pelo moderno Estado Democrático de Direito: as constituições de natureza principiológica Caracteriza-se, este tipo de Constituição

pelo fluxo ou assimilação gradual dos princípios infraconstitucionais e pela incorporação de princípios constitutivos do Direito Internacional.

Conviria enfatizar que o movimento de constitucionalização dos princípios coincidiu com a formulação da teoria normativista. Nesta seara, contrapondo-se às ideias positivistas que nutriram o raciocínio jurídico até meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial. Neste período, a aplicação dos princípios como fonte normativa subsidiária – justificação ou defesa maior do positivismo jurídico – deixou de encontrar guarida na moderna teoria constitucional. Os princípios passaram a ser compreendidos na condição de normas que fundamentam o sistema jurídico constitucional, vértices de todo o sistema, critérios de inspiração das leis ou normas concretas do direito positivo, pilares e valores basilares do ordenamento normativo. Abandonam a categoria de meros programas ou diretivas da ação do Poder Público ou da iniciativa privada e passam a vincular e nortear a atividade jurídica na medida em que são dotados de eficácia jurídica vinculante.

A questão que sobrelevar ou domina na prática é a existência de situações – na seara do Direito Administrativo – de tensão/colisão entre bens jurídicos que se contrapõem. É o momento em que a atuação do intérprete instituirá o direito aplicável ao caso concreto. Intui-se que os princípios coadunam-se com a textura aberta do direito e que, na prática, há condutas ou circunstâncias que merecem ser deixadas a critério do decisor. O administrador, a luz das circunstâncias concretas, é que poderá concorrer para o equilíbrio entre interesses que podem variar em densidade, peso ou qualidade, de caso a caso<sup>2</sup>. Dessume-se, apressadamente, que não há, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios. Todavia a prática instiga ou açula outra linha de conclusão: *quid iuris* no caso de conflito entre princípios constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e devem ser igualmente obedecidos? Escolhe-se o princípio axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? Avança--se numa nova hermenêutica constitucional vivificada pelo

1. V. CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito administrativo.

2. Cfr. HART, Herbert. O conceito de Direito.

raciocínio tópico e pela aplicação do juízo de ponderação ou do princípio da proporcionalidade<sup>3</sup> ?

O caminho acolhido é o último. Reconhece-se que os princípios são parâmetros ou “meta-princípios”<sup>4</sup>. A ponderação rompe com a aplicação formal-positivista, possibilitando ao decisor a avaliação do que é justo e injusto na decisão do caso concreto. É o instante em que a interpretação assume grande relevância. José de Oliveira Ascensão<sup>5</sup> assinala que “não há jurista sem interpretação”, *mutatis mutandi*, afirmaríamos que não há administrador que não seja instado a interpretar os princípios no momento em que considera indispensável ou cogente.

Gera-se, neste caso, uma cultura de eficácia vinculante que irá oportunizar a estruturação de novos mecanismos de resolução entre normas e princípios e entre princípios entre si. Tenta-se, nesse caso, garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional a partir da conclusão de que a Constituição é um sistema de normas, um *lucidos ordo*<sup>6</sup> e não um sistema caótico, confuso ou desordenado. Por meio dos princípios – que se convertem, gradativamente, em elos ou elementos nucleares do sistema jurídico – diferentes normas serão mais bem fundamentadas, estruturadas e compreendidas. Nesta lógica, qualquer ato administrativo praticado pelos agentes da administração, desvinculado dos princípios, será tido como inválido.

Aspecto que individualmente nos interessa é o fato de os princípios gozarem da capacidade de barrar o *excesso de poder*, impondo limites à atividade discricionária da administração pública. Eles funcionam também como fator de visibilidade, democratização e legitimidade da administração proporcionando consenso, adesão, fiscalização, controle e aproximação entre Estado e indivíduo, fazendo corresponder políticas oficiais e demandas sociais. Amplia a transparência, com o intuito de abolir ou extinguir o segredo – face que pode enodoar ou viciar a Administração Pública.

São estas as maiores questões a aclarar neste trabalho ainda que nenhuma delas seja verticalizada em razão da natureza do próprio texto.

## 2. ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A epígrafe converge para a filosofia moral também denominada ética, base da Deontologia Geral

e, em consequência, da Deontologia Jurídica (do grego *deon* = a dever, obrigação, justo e *logos* = a ciência”). Na filosofia moral contemporânea tal área do conhecimento diz respeito a escolhas moralmente necessárias, proibidas ou permitidas ao ser humano. Igualmente, ao comportamento ou natureza do ser condizente com um juízo de valor consciente e capaz de harmonizar a liberdade individual com a liberdade social<sup>7</sup>.

A ética nasce da essência do ser humano ou da sua natureza (em grego *physis*). Por isso Heidegger conferiu ao “ethos” (ética) o significado de “morada do ser”<sup>8</sup>. E esta morada está sempre orientada ou dirigida para a busca incessante do aperfeiçoamento humano. O resgate do ser é, enfim, o ‘resgate do humano pensar’.

A ética – entendida como complexo de regras, valores e princípios morais de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade – abarca estudos de aprovação ou desaprovação da ação dos homens e a consideração de valor<sup>9</sup>. Robustece a virtude como prática do bem – quer individualmente, quer coletivamente. Avalia ou mensura os desempenhos humanos em relação às normas comportamentais pertinentes. Ética é ciência que objetiva a busca de formas e modelos ideais de conduta apropriados aos seres humanos. Exibe como aspecto essencial a ideia de não prejuízo a terceiros dentro na forma preconizada por Ulpiano: *Neminem laedere, honeste vivere, suum cuique tribuire* (a ninguém ofender, viver honestamente, dar a cada um o que é seu). O brocardo latino ainda é adotado na contemporaneidade. Significa que o Direito não se desprende ou desata da ideia de comportamento moral, ação humanitária e do justo e verdadeiro.

A nossa Constituição de 1988, em seu preâmbulo, concretiza a visão ética do Estado brasileiro na passagem: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...” (grifo nosso).

Convergindo ou direcionando tais considerações para o domínio específico da Administração Pública, é possível afirmar que é exigível do decisor consciência jurídica objetiva, clara e precisa dos direitos e deveres do servidor. Nesta linha de compreensão, é relevante a consciência social de que há distinções entre Direito

3. Detém um conteúdo que se diversifica em três outros princípios: o da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave.

4. V. a teoria da concordância prática (dimension of weights) de Hesse e da dimensão de peso ou importância de Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério.

5. ASCENSÃO, José de Oliveira. “A desconsideração do abuso de direito”, p.2 (artigo inédito).

6. A expressão é de Rui Barbosa. Refere-se à ideia de que o ordenamento jurídico não é um caos. É visto como uma unidade.

7. O termo Deontologia foi introduzido, em 1834, pelo filósofo inglês Jeremy Bentham para referir-se ao ramo da ética que tem como objeto de estudo os fundamentos do dever

e das normas. É também conhecida pela expressão “teoria do dever” e considerada um dos dois ramos principais da Ética Normativa em conjunto com a Axiologia.

8. O filósofo alemão propõe que a ética abandone o moralismo superficial e o legalismo dos códigos de costumes e procure a sua raiz na morada do próprio ser humano. A partir da compreensão radical da morada do ser no homem, seria possível entender como emergem todos os comportamentos e costumes cotidianos de cada homem. HEIDEGGER, Martin. Introdução à Metafísica.

9. MENESES, Geraldo Magela e Silva. “Suprema Importância da Ética para os Profissionais do Direito”. Revista Jurídica Consulex.

e lei. Nem sempre o que é legal é igualmente justo. É exatamente nesta dimensão cinzenta entre o legal e o justo que os princípios revelam a sua eficiência, eficácia e relevância.

Assentemos que a situação reinante no mundo concorre para a existência de entraves para o alcance dos fins do Direito. O desregramento ou desvio perceptível na conduta humana agrava ainda mais este quadro. Ele se caracteriza pela indiferença pelo outro, pela supremacia dos interesses privados em detrimento dos interesses públicos e pela deturpação dos valores morais. É indispensável, por isso, que se cuide da reformulação dos conceitos norteadores do comportamento humano. Por meio da Ética, o homem usa sua consciência para amparar e direcionar as ações, almejando o fortalecimento de uma sociedade mais justa, humana e solidária. Compete ao administrador, na seara do Direito Administrativo, respeitar a lei, interpretando-a de forma imparcial, garantindo o princípio do contraditório e da ampla defesa assegurado pelo art. 5º, inciso LV da Constituição Federal<sup>10</sup> e priorizando, acima de tudo, o alcance da segurança e da justiça.

Ética e Direito caminham, ou pelo menos devem caminhar, lado a lado – sempre na tentativa de encontrar a harmonia e a pacificação sociais – sendo indispensável para o alcance de tal finalidade o contributo de cada indivíduo inserido na sociedade<sup>11</sup>.

### 3. PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Hely Meirelles elenca os poderes administrativos qualificando-os em seis espécies: a) poder discricionário, b) poder vinculado, c) poder hierárquico, d) poder disciplinar, e) poder regulamentar e f) poder de polícia<sup>12</sup>.

Interessa-nos, designadamente, o *poder discricionário* em razão da linha de argumentação deste trabalho<sup>13</sup>.

Alguns autores optam por erradicar, dos poderes da administração, o discricionário – aquele poder conferido por lei para que, nos limites da previsão normativa, o administrador goze de certa parcela de liberdade de forma a poder adotar, no caso concreto, a solução mais apropriada a partir de dois referenciais maiores: *conveniência* e *oportunidade*. Na *conveniência*, o agente analisa a existência de interesse público que justifique a produção do ato administrativo. Na *oportunidade*, o agente considera a partir de que instante o interesse público reconhecido deve ser satisfeito. Em outro dizer, a *conveniência* indica em que condições vai se dirigir o

agente; na *oportunidade*, o momento em que a atividade deve ser concretizada ou produzida.

A reação da doutrina dominante acerca do poder administrativo funda-se na certeza de que em todos os poderes administrativos os *vinculados* e os *discricionários* estão presentes. É a posição de Di Pietro ao elucidar que os poderes discricionários e vinculados não existem como poderes autônomos. São, quando muito, atributos de outros poderes. A mesma linha de entendimento é esposada por Celso Bandeira de Melo quando assinala que não existe poder discricionário, mas sim atos em que há competência discricionária e atos em que a atuação é vinculada<sup>14</sup>.

Adota-se posição oposta ou inversa. Não se duvida da autonomia do poder discricionário desde que a lei confira ao administrador o poder para agir de acordo com a conveniência e oportunidade e sem desvio do interesse público. Por outras palavras, a *discricionariedade* constitui poder autônomo ainda que se não desvincule do princípio da legalidade. Neste aspecto, em nada difere dos demais poderes da administração. Existe, na *discricionariedade*, uma liberdade de maior alcance ou amplitude em termos de escolha e prática das ações pelo agente. Todavia, em nenhuma situação tal liberdade deve ser confundida com arbitrariedade ou com o uso da vontade individual desvinculada da lei e dos interesses públicos.

Voltamos a insistir todavia na certeza de que não se desarraiga a ideia de identificação, nos demais poderes, de uma faixa própria de *discricionariedade*. É o caso do *poder disciplinar* insito no artigo 128 da Lei 8.112/90, que dispõe que na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Sendo omissa a Administração, incorre em crime de condescendência criminoso, definido no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92. Reforça-se, portanto a ideia de que o discricionarismo do *poder disciplinar* não vai a ponto de permitir que o “superior hierárquico puna, arbitrariamente, isto é, sem se ater a critérios jurídicos”. Também a Administração deve apreciar a falta valendo-se dos meios legais compatíveis com a gravidade da pena aplicada, garantindo-se ampla defesa ao acusado.

Assim, o poder disciplinar é o instrumento cabível para apuração das ilicitudes administrativo-funcionais onde é assegurado o contraditório e a ampla defesa, com

10. Também conhecido pela expressão *audiatur et altera pars*, com o significado de “ouça-se também a outra parte”.

11. Segundo ASCENSÃO, José de Oliveira “Todo o Direito é necessariamente finalista”. In “A desconstrução do abuso do Direito, cit. p 6”.

12. Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro.

13. Cfr. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito.

14. Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo.



os meios e recursos admitidos em direito. O exercício do poder disciplinar apresenta-se como dever de autoridade, pois será sempre obrigado a promover a apreciação imediata dos ilícitos funcionais praticados, sendo sempre imprescritível a motivação da punibilidade disciplinar para validade da pena. A valoração dos *motivos determinantes* da sanção administrativa legaliza a *discricionariedade* do administrador público.

#### 4. MOTIVO E MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA

Todo ato praticado pela Administração, no exercício da função que lhe é própria, é ato administrativo<sup>15</sup> e deve ser motivado, independentemente de ser ato vinculado ou discricionário. Com tal registro já antecipamos o nosso entendimento a respeito do tema focado.

A expressão ato da administração detém um sentido mais elástico do que a locução ato administrativo. Este envolve apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa. Incorporam tais atos elementos que devem ser considerados válidos para que tenham existência efetiva:

- a) Competência;
- b) Objeto;
- c) Forma;
- d) Motivo;
- e) Motivação
- f) Finalidade,

Interessa-nos, notadamente, as alíneas **d** e **e** que dizem respeito ao *motivo* e à *motivação*. São duas categorias diferentes<sup>16</sup> O motivo é o fato ou o pressuposto fático e jurídico do ato administrativo. Precede o próprio ato. É a infração prevista em lei. É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. É o dispositivo legal em que se baseia o ato. O pressuposto de fato tem a ver com o complexo de circunstâncias, de acontecimentos ou de situações que levam a administração à prática do ato.

O ato-fato (atitude de fato do agente) não tem motivação. Também não a tem um ato repetitivo, caso, por exemplo, da inscrição num registro. Podem ser impugnados, não por falta de motivação, mas por *desvio de poder*. O ato que deve ser motivado e não foi não é nulo por si. Pode sê-lo, mas se se provar que prevaleceu o interesse público, sana-se. Se um ato é praticado por motivo determinante impuro mas o interesse público é

servido, o ato é válido. Logo, se o motivo determinante é o interesse público, é irrelevante que paralelamente sirva um propósito irregular. Se se prova que a motivação é contra o interesse público, não é necessária demonstração de vontade má para a nulidade do ato.

Há várias situações que justificam a instauração de um processo administrativo: o oficial de justiça que não cumpre os mandados no prazo legal; o agente que falsificou guias de levantamento de estoques de alimentos da merenda escolar para venda a terceiros; o magistrado que não obedece ao disposto no diploma legal 8.112/90, que proíbe manter, sob sua chefia imediata, em cargo em comissão ou em função de confiança, cônjuge, companheiro e parentes de até segundo grau (nepotismo direto) ou que pratica o nepotismo indireto ou cruzado; o servidor que usa os serviços informáticos para denegrir o nome da instituição a que se vincula, o notário que recebe as taxas e não lavra a correspondente escritura; o servidor que reconhece a firma de um usuário sem as precauções necessárias causando prejuízo a terceiros; o Cartório que lavra e registra escritura de compra e venda de terras adquiridas por estrangeiro sem observância das exigências legais, o servidor que não comparece com regularidade ao serviço, o notário que cobra taxas acima da tabela de custas... Todos estes fatos justificam a instauração de processo disciplinar e a aplicação da correspondente penalidade. O ato é a punição e o motivo é a infração cometida. O fato está previsto ou descrito na norma. No instante em que ele se desloca do mundo abstrato para o mundo real, configura o motivo, ou pressuposto de direito. É o conjunto de circunstâncias ou acontecimentos que levam a Administração à prática do ato e o dispositivo legal que autoriza ou fundamenta o ato administrativo.

Insiste-se que o motivo não se confunde com motivação. São duas categorias diferentes. Uma minoria doutrinária persevera na ideia de que não existe diferenciação.

Motivação é a demonstração formal de que os pressupostos de fato realmente existiram. Apresenta-se sobre a modalidade de considerandos. O art. 50 da Lei 9.784/99 elenca as hipóteses em que a motivação é indispensável. É expressa no formato de exposição de motivos ou fundamentação da decisão, das razões ou argumentos apresentados pela Administração para justificar o ato. Ela permite que se possam aferir as razões que fundamentaram a iniciativa do agente, as causas que levaram a Administração a aceitar ou abraçar determinada conduta com a finalidade de alcance das finalidades

15. Cfr. ANDRADE, Flavia Cristina Moura de. Elementos do direito administrativo.

16. V. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. CUNHA, Elke Mendes. "O princípio da motivação e a Lei 9784/99" In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.); MORAES, Germana Oliveira. "Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos." Nomos. NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. "A motivação do ato administrativo na Constituição Brasileira de 1988."

legalmente previstas. Por meio da motivação do ato administrativo é que é possível o conhecimento dos pressupostos que embasaram a conduta do administrador de modo a alcançar a indispensável transparência que se exige da administração pública.

A motivação é também princípio de direito administrativo. Consiste na exposição das informações, dados, elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, com a enumeração ou indicativo de pressupostos fáticos e jurídicos e justificação do processo de tomada de decisão.

Deve obedecer a critérios formais. Neste caso, deverá ser escrita. Embora dispense forma exclusiva. Pode ser realizada por órgão diferente daquele que praticou o ato e em instrumento diverso: caso do parecer jurídico, laudo, relatório, etc.

Grosso modo, a motivação dos atos administrativos deve ser formulada em conjunto com o próprio ato ou até mesmo antes da edição deste. É discutível a viabilidade ou possibilidade de aceitação de motivação ulterior, caso em que poderia ser alegada a produção de razões lógicas para justificação e alegação de que a motivação foi levada em conta no instante da prática do ato<sup>17</sup>.

Na opinião da doutrina mais influente, a mera enunciação do artigo da lei e a exposição dos fatos que deram origem ao ato não seria suficiente para suprir a exigência de motivação.

A motivação também prescinde dos excessos. Pode ser concisa, desde que inteligível ou clara ou sem ofertar margem a dúvidas de qualquer natureza. Por isso ela inclui alguns pressupostos doutrinários. Inexistência de: a) omissão ou falta, b) obscuridade, c) incongruência. A falta de um deles ensejaria o vício e a nulidade do ato.

O primeiro vício - falta - refere-se aos casos em que o ato administrativo não apresenta qualquer fundamentação, nem antecedente, nem concomitante, nem subsequente. No segundo - obscuridade - quando os fatos não são compreensíveis, os fundamentos são ininteligíveis e a justificação precária. O terceiro ou último - incongruência - sucede quando os fundamentos e o conteúdo da decisão são conflitantes entre si ou não se

articulam lógica e racionalmente.

Em termos doutrinários, a posição acerca da motivação poderia ser assim resumida:

a) Há obrigatoriedade de motivação apenas nos atos vinculados (doutrina tradicional)<sup>18</sup> ;

b) Há dispensabilidade de motivação nos atos discricionários<sup>19</sup>. Todavia, quando o administrador motiva o ato, em razão da necessidade de observância da *teoria dos motivos determinantes*, o motivo será obrigatório. A falta de cumprimento implicará a ilegalidade do ato por *excesso de poder*, tornando o ato discricionário suscetível de revisão judicial<sup>20</sup>.

c) Há necessidade de motivação ou fundamentação em todos os atos, independentemente de serem vinculados ou discricionários<sup>21</sup>. Neste caso, o ato administrativo sem fundamentação padece de vício que poderia, em tese, acarretar a sua invalidade.

O dever de motivar não se encontra explícito na Constituição Federal de 1988, mas sim implícito. Restringiu-se a Lei Maior às decisões judiciais, consoante inciso IX do art. 93 e às decisões administrativas dos tribunais (art. 93, inciso X<sup>22</sup>). A doutrina aponta diferentes princípios insertos na mesma Lei. Seria a hipótese dos arts. 1º e do inciso II e parágrafo único, do 5º, incisos XXXV e LIV e 93, inciso X. É o entendimento de Di Pietro quando assinala que a motivação é regra. É indispensável tanto para os atos vinculados quanto para os discricionários. Constitui garantia da legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>23</sup>.

Justificamos a motivação dos atos administrativos nos princípios da transparência, da visibilidade e da publicidade que informam o Estado Democrático de Direito. Igualmente no princípio da legalidade que impõe ao administrador agir de acordo com a lei. Finalmente, no princípio democrático que estabelece e inflige que a legitimidade de uma decisão esteja condicionada à vontade do povo. Este participa não apenas da formação da vontade estatal como também no controle direto ou indireto da juridicidade dos atos administrativos.

Dissemos que a motivação é princípio implícito na Constituição Federal. É a regra. Haveria exceção? A doutrina responde afirmativamente. Não é nosso entendimento. Tratam-se dos atos em que a motivação

17. Cfr. MELLO, Celso Bandeira. O autor admite que nos atos vinculados a motivação não tem que ser necessariamente prévia ou concomitante, já que "o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para o segundo plano a questão da motivação". Difere a lógica do mesmo autor no que se refere aos atos discricionários. Entende que "o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido", p. 13. A opinião de Germana de Moraes segue outra vertente. Admite a autora possibilidade de motivação ulterior se ocorrer "antes de qualquer impugnação administrativa ou judicial ou dentro do prazo para tanto". De todo modo, "a motivação posterior somente será tempestiva se não prejudicar, de qualquer forma, o direito de defesa dos interessados no ato administrativo", p. 346.

18. Era a posição, por exemplo, de Themístocles Brandão Cavalcanti.

19. Posição assumida por Cretela Júnior, 2001, p. 156.

20. Cfr. Cretela Júnior, *idem*, *ibidem*.

21. Entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello e Sílvia Zanella Di Pietro, p. 82 e Germana Moraes, p. 14.

22. Cfr. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, que extrai o princípio da motivação do devido processo legal. "a motivação atende às duas faces do "due process of law": a formal - porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial - sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade declarada, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa" p. 47.

23. *Op. cit.*

é inadmissível, desnecessária e até mesmo impossível<sup>24</sup>, situação especial dos atos urgentes em que a omissão implicaria a violação dos interesses públicos; os atos que se incluem na esfera do segredo de Estado, da intimidade privada...

## 5. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A Administração Pública necessita de meios para alcançar os seus fins específicos: o bem-estar da coletividade.

O Direito Administrativo intenta estabelecer um equilíbrio dinâmico entre as prerrogativas do poder público e os direitos dos administrados a fim de prevenir ou evitar o distanciamento ou desvio da vontade do administrador na gestão da coisa pública.

A observância do princípio da *supremacia do interesse público*, também denominado por Di Pietro de “princípio da finalidade pública”<sup>25</sup>, é condição sine qua non para o bom desenvolvimento das atribuições conferidas aos administradores públicos. O princípio não pode ser utilizado como justificativa para condutas abusivas ou que tenham como consequência atos ilícitos e imorais – sempre caracterizados por não terem sido praticados no interesse do público.

Sabe-se que o poder, na esfera em análise, emana de uma autoridade e é conferido por lei. Por isso o agente público executa suas atividades dentro dos limites legais e com uma discricionariedade adstrita ou limitada, posto que a vontade pessoal é irrelevante em decorrência da supremacia do interesse público.

Toda autoridade detém uma parcela de poder. Todavia, não pode extrapolar os limites permitidos legalmente agindo contra os preceitos legais, contra a moral da instituição e contra o interesse público. O *excesso de poder* está centrado, notadamente na esfera do poder discricionário da administração. Por vezes é difícil comprovar o *excesso de poder* porque o ato possui a falsa aparência de legalidade, habilidosamente disfarçada em esperteza ou astúcia do agente público.

A autonomia de um ramo do Direito somente é assegurada quando ele é capaz de elaborar princípios próprios. Por isso não se duvida que o Direito Administrativo seja um ramo independente no Direito Público. Os princípios constitucionais da Administração Pública estabelecem os fundamentos da ação administrativa.

Os dois princípios mais importantes para o Direito Administrativo são:

- a) A supremacia do interesse público sobre o privado;
- b) A indisponibilidade do interesse público.

A Constituição de 1988 não insere no elenco do art. 37, caput, o *princípio do interesse público* ou da finalidade pública quando trata da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na condição de premissas constitucionais regentes da Administração Pública. Tal princípio determina a prevalência do interesse público se estiver em conflito com o interesse particular. É o caso dos incisos XXII e XXIV do art. 5º da mesma Constituição. Do princípio da *supremacia do interesse público* decorre o princípio da *indisponibilidade do interesse público*. Aliás, o administrador – também no Direito Privado – só pratica atos de guarda, conservação e percepção dos frutos daquilo que administra. Não pratica atos de disposição ou alienação.

Ainda na seara desta modalidade de interesses, conviria acentuar que a separação das duas faces do direito positivo - a ética e a jurídica – está situada numa zona de difícil separação. É o caso da conciliação entre os princípios da legalidade, da moralidade e da legitimidade. De uma banda sabemos que é impossível ou improvável a apartamento entre moralidade e legalidade e entre legalidade e legitimidade. De igual modo, é infactível a desvinculação entre moralidade e legitimidade. A legalidade se dissolve ou perde a legitimidade no instante em que existe um distanciamento ou mesmo descompasso inequívoco entre o projeto ínsito na constituição e a concretização deste mesmo projeto, estabelecendo aquela dualidade entre a constituição real, efetiva, autêntica, verdadeira, participativa e a constituição escrita, lógico-formal ou existente no papel.

Mas o *princípio do interesse público* não só incorpora ou abrange o princípio da legalidade, mas também os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais que guardam estreita afinidade com os demais que informam a atuação da Administração Pública em geral. Por outras palavras, a noção de “interesse público” incorpora os demais princípios, elencados no art. 37 citado. Tanto é assim que a doutrina é tranquila ao afirmar que, sob a rubrica da “legalidade”, podem-se enfeixar todos os demais princípios peculiares ao direito administrativo, sejam eles explícitos ou implícitos.

Todavia a expressão “interesse público” não é tão fácil de definir em razão do sentido polissêmico que alberga. Muitos autores chegam a afirmar que se trata de um conceito indeterminado. Sagramos outra linha de entendimento. A expressão se altera em razão da evolução da sociedade conservando, contudo, um núcleo comum.

O interesse público não deve ser visto apenas como interesse do todo. Ele também se refere ao interesse da parte, do aglomerado, do grupo. Está presente, embora

24. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O Dever da Fundamentação Expressa de Atos Administrativos.

25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.

pareça antinômico, no interesse privado. Nada mais é do que uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, visto sob o prisma coletivo. Por outras palavras, não existe uma segregação absoluta e definitiva entre o público e o privado. Embora possamos decompô-los, até mesmo para melhor discernir a função pública da atividade privada, o fundamental é que não percamos a compreensão do que seja o todo.

O que ocorre, e isso é preciso deixar assente, é que nem sempre a Administração atua em estrita obediência à finalidade pública. Em não o fazendo, relega o interesse público.

Outro aspecto ressaltante: o simples fato de um ato administrativo emanar de um ente estatal não quer dizer que adquira a natureza de público ou que ele vise o atendimento ao interesse público. Isto porque existe uma subdivisão importante, que fala em interesses primários e secundários da Administração, cujo exame, agora, se revela não oportuno. Para melhor conhecimento na natureza e qualificação do ato administrativo, registramos o conceito de Di Pietro: ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público, sujeita à lei e ao controle pelo Poder Judiciário.

Acentue-se – ainda que tal discussão se desvie dos objetivos deste texto – que a antiga contenda acerca da existência de um princípio de Direito Administrativo que deveria infligir a preeminência ou hegemonia do interesse público sobre o privado vai sendo, aos poucos, superada. Tal não significa que a doutrina mais notável – caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meireles e outros não persistam na defesa de tal superioridade. Entretanto aos poucos vai surgindo um movimento de construção-desconstrução. Neste caso, se antes, o privado era visto como egocentrismo ou individualismo e o público representava o estatal, o interesse coletivo, a emergência de novos direitos e o sentimento da comunidade de que o Estado, paulatinamente, vai se desvinculando dos indivíduos – numa modalidade de crise de cidadania – veio implicar a agregação de valores novos à esfera privada. Neste caso, o público passou a não mais se identificar completamente com o estatal. Tal aspecto acaba por dissolver, aos poucos, a linha de separação – antes nítida – entre o público e o privado. E tal vem sucedendo com uma rapidez surpreendente. O que de concreto sobrevém é a inserção, a título complementar, dos interesses privados no próprio Estado Democrático de Direito. Eis um tema que vale a pena verticalizar.

## 6. EXCESSO DE PODER

Regressamos à linha inicial: no Estado de Direito a Administração Pública deve obediência à lei em

todas as suas manifestações. Até mesmo nas chamadas atividades discricionárias a liberdade do administrador é circunscrita ou limitada. Ele não pode se afastar da moral administrativa e dos interesses da coletividade. O agente só pode usar o poder como atributo do cargo ou da função que exerce e não como privilégio. Afinal, também o poder administrativo tem a finalidade de excisão dos interesses particulares que se opõem ao interesse público. O primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público é a ética, a moral no sentido de agir de acordo com os princípios da integridade, da probidade, da honestidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. Justamente com tal finalidade foi editada a Lei 8.429/92, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa, assim discriminados:

- a) Os que dão ensejo a enriquecimento ilícito;
- b) Os que geram prejuízo ao erário;
- c) Os que ofendem os princípios da Administração

Pública.

A conduta considerada imoral se sujeita também à ação popular (art. 5º, LXIII, e Lei 4.717/65). Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente. Cabe neste caso à Administração punir o servidor respeitando o princípio da legalidade, motivando sempre o seu ato.

Não obstante tais cautelas impostas por lei, no que diz respeito ao comportamento ou conduta dos administradores, é possível a ocorrência de condutas abusivas assim identificadas:

- a) O agente atua fora dos limites da sua competência;
- b) O agente, embora respeitando a sua competência, afasta-se do interesse público.
- c) O agente atua de modo a prevalecer apenas a sua vontade pessoal.

Nas três hipóteses elencadas, o superior hierárquico atua com *excesso de poder*. Usamos intencionalmente, a expressão *excesso de poder* ou *abuso de poder* e não *desvio de poder*. São duas categorias diferentes, não se reconduzem uma à outra. O *excesso* vicia por si, o *desvio* exige uma valoração para tanto. Demanda um fim diverso do legal. No ato vinculado, desvio do fim estabelecido por lei, no discricionário, desvio do interesse público, para servir outros interesses. A verificação de que foi fundado em motivação contrária ao interesse público é suficiente para a nulidade do ato. Como se observa, o verbo desviar significa mudar a direção, o rumo, o sentido, a finalidade.

Mas o interesse neste trabalho está centrado no *excesso de poder*, isto é, quando o ato é praticado além da competência que detém a autoridade hierárquica. O agente, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e se exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Ao exceder-se no poder, o administrador

ultrapassa os limites legais da sua competência viciando o ato. Um exemplo a anotar é o do administrador que autoriza a aquisição de um medicamento de alto valor sem respeitar as regras de licitação justificando a omissão na necessidade de fazer uso da mesma em pacientes de hospitais públicos.

A doutrina costume tratar o *excesso de poder* como modalidade de *desvio de poder*. Assim não entendemos. O *desvio de poder* deve ser encarado como ato de improbidade administrativa. O artigo 12 da lei de improbidade, quando fala dos atos que atentam contra os princípios da administração, oferece um conceito que equivale ao de *desvio de poder*. Na realidade, uma autoridade que pratica um ato com uma finalidade diversa daquela que está prevista em lei está praticando um ato de improbidade administrativa.

## 7. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

No que se refere à extensão da liberdade do administrador público, no exercício do poder de mando, voltamos a focar o *ato discricionário*.

O Poder Judiciário pode, com adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, controlar o exercício desta modalidade de poder.

Parte da doutrina espousa a ideia de que não é dever do administrador a motivação dos atos discricionários. A vinculação só ocorreria no instante em que o mesmo administrador oferta os motivos para a sua decisão.

Não acolhemos tal entendimento. Será preciso introduzir a *teoria dos motivos ou razões determinantes* para melhor compreensão do nosso pensamento: uma vez afirmado ou exposto o motivo ele deverá ser cumprido porque passa a vincular o administrador. O exemplo mais simples e muito comentado é o da exoneração do servidor fundado na escassez de recursos e restrição de despesas (art. 169, da LRF). No momento em que o administrador preenche a vaga com novo candidato para a mesma função, o motivo revelará o seu lado falso.

A única exceção justificadora seria a adoção do instituto da *tredestinação*, isto é, a destinação em desacordo com o plano inicialmente previsto no ato expropriatório ou desvio das finalidades iniciais do ato. Sucede muitas vezes quando um bem é desapropriado pelo Estado e a autoridade oferta outra finalidade. Considerando que o Poder Público não pode se apartar da destinação conferida ao bem público, o ato desapropriatório, nas situações em que o bem desapropriado é usado para interesses particulares ou sem observância da finalidade pública, a *tredestinação* será ilícita. É a situação de venda do imóvel pelo Estado a um particular para construção de um posto de combustível.

Não existe, em tese, o fenômeno de retrocesso ou direito de reaver o bem ou reivindicação de indenização pelos prejuízos sofridos pelo desapropriado nas situações

de *tredestinação* lícita. Quando uma área desapropriada para a construção de uma escola pública é aproveitada, na sequência, para a construção de um hospital público houve *tredestinação* lícita. O motivo primário do ato desapropriatório não foi considerado, mas o administrador não desrespeitou os interesses em jogo. O tema não é tão simples. Admite discussão mais profunda. Especialmente quando a *tredestinação* é ilícita.

A *Teoria dos Motivos Determinantes* funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem a sua prática motivada, ficam vinculados, para todos os efeitos jurídicos, aos motivos expostos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato. Por aí se deveria concluir, erradamente, que, nos atos vinculados, a motivação seria obrigatória. O mesmo não sucedendo com os discricionários.

O motivo do ato administrativo deve guardar compatibilidade com o fato gerador da manifestação de vontade. Se o interessado comprovar a inexistência ou incompatibilidade entre motivo e motivação o ato estará inquinado de vício de legalidade. Os exemplos são múltiplos, citemos apenas dois: o servidor que requereu e teve o seu pedido de licença prêmio indeferido. Alegou a administração que havia escassez de pessoal no órgão público. Caso o agente decida conceder a licença prêmio a outro servidor do mesmo órgão há incompatibilidade entre o motivo expresso no ato (*motivo determinante*) e a realidade fática. Também o ato administrativo que ordena que uma fábrica poluente seja multada. O motivo alegado foi a poluição ambiental e a constatação de uma epidemia de crianças alérgicas. O fundamento jurídico foi a legislação ambiental. O motivo deve ter os caracteres da materialidade, devendo ser verdadeiro. Motivo falso é ilegal e deve ser erradicado do ordenamento jurídico.

Em razão da obrigatoriedade de externarem-se os motivos que levaram a prática do ato, e também em virtude da existência das características supramencionadas, é que a doutrina administrativa construiu a teoria dos motivos determinantes: uma vez declarado o motivo, ele deverá ser cumprido. Por outras palavras, a declaração das motivações vincula o administrador. Se este exonera o servidor alegando excesso de despesas (art. 169, da LRF), ele não poderá contratar pessoal para a mesma função.

Pela motivação, o administrador público justifica seus atos com indicação dos pressupostos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo. Igualmente o dispositivo legal em que se funda.

A *teoria dos motivos determinantes* ordena ou prescreve que os motivos que embasaram a vontade do agente ou que serviram de suporte à decisão tomada devem integrar a validade do ato administrativo. A não correspondência da motivação com os motivos alegados é uma afronta ao princípio da legalidade sendo passível de

controle jurisdicional.

O princípio da motivação dos atos administrativos<sup>26</sup> está presente, de forma implícita, na Constituição brasileira de 1988. Igualmente foi contemplada pelo legislador ordinário na Lei n. 9.784/99.

Em resumo, a necessidade de motivar ou fundamentar os atos administrativos é um princípio geral do direito administrativo contemporâneo. A omissão neste plano acarreta ou produz nulidade por vício. A motivação deve ainda ser congruente, exata, transparente e objetiva. Exige-se ainda que seja clara no sentido de ser contra ou a favor das alegações do servidor. A análise do art. 5º, incisos XXV, XXXV, LIV e art. 93, inciso X conduz à ilação de que qualquer ato administrativo, independentemente da sua natureza deve ser motivado. Também a motivação facilita a autotutela e o controle judicial dos atos administrativos. Com isso será possível o alcance da segurança e da justiça, nomeadamente em termos de proteção dos direitos individuais.

A jurisprudência tem se revelado favorável à motivação dos atos administrativos discricionários como forma de exercício do controle da legalidade do mesmo ato, por *excesso de poder*. Nomeadamente quando a arbitrariedade do administrador é um fato indiscutível.

## CONCLUSÕES

Poder é faculdade. *Excesso de poder* vicia por si. O *desvio de poder* exige – como já foi acentuado – uma valoração para tanto. O policial, por exemplo, é competente para agir. No instante em que, podendo usar um cassetete, usa um revólver para atirar na cabeça de um ladrão desarmado, age com *excesso de poder*.

Parte da doutrina trata do *desvio de poder* como espécie do gênero excês de pouvoir do direito francês. Outros invertem a situação focando o *desvio de poder* como gênero e o *excesso de poder* como espécie.

Acentuou-se que o *poder discricionário* é um poder independente ao lado de outros. Deixou-se também assente que a conveniência e oportunidade – pressupostos do *poder discricionário* – não pode e não deve exceder os limites do possível ou não deve ir além do que a lei acolhe ou aprova. Neste caso existe exorbitância do poder e fuga dos interesses coletivos ou gerais.

Os atos administrativos devem ser sempre motivados ou fundamentados, entendendo-se por fundamentação a exposição dos pressupostos de fato e de direito do ato. A motivação é mais relevante ou indispensável nos atos administrativos discricionários, tendo em vista a necessidade de minimizar a possibilidade de arbitrariedade da decisão, embora a tendência histórica do direito administrativo atual revele a necessidade de

desconsiderar a motivação ou fundamentação do ato administrativo discricionário.

A motivação deve ser explícita, clara e congruente e, em tese, prévia ou concomitante à prática do ato. Admite-se a motivação *a posteriori* apenas em situações de excepcionalidade.

O dever de motivar os atos administrativos é corolário do Estado Democrático de Direito. A motivação deve ser encarada como princípio. Por outras palavras, o ato administrativo deve ser motivado para que o Judiciário possa controlar o mérito administrativo quanto à sua legalidade.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Flavia Cristina Moura de. **Elementos do direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O Dever da Fundamentação Expressa de Atos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Impetus, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. Brasileira, t. II/684. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Alamedina, 1990.

CARDEMORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariade administrativa no Estado Constitucional de Direito**, Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 1-25, jan/mar 1945.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CUNHA, Elke Mendes. “O princípio da motivação e a Lei 9784/99” In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Ato administrativo e devido processo legal**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 13-78.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariade administrativa na constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001b.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

26. FREITAS, Juarez. O Controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito administrativo**. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada com as emendas 19 e 20 de 1998, São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais**. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes, **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HART, Herbert. O conceito de Direito, 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, M. **Introdução à Metafísica**; trad. Emmanuel C. Leão. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. "Suprema Importância da Ética para os Profissionais do Direito". **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, ano VII, n. 147, pp. 54-56, 1999.

MORAES, Germana Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Fortaleza, vol. XVI, XVII, XVIII, n. 4/5/6, p. 11-15, jan/dez 1997/1998/1999.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense,

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

PIRES, Renato Barth. "A motivação do ato administrativo na Constituição Brasileira de 1988." In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Ato administrativo e devido processo legal**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 79-110.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida, **Dicricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é Ética?** 9. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

# O DEVER DA VERDADE NA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PRESTADA PELA UNIÃO

## Rodrigo de Andrade Maranhão Fernandes

Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP  
Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco, com especialização em Direito Tributário.  
Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar, com especialização em Direito Processual Civil.  
Procurador da Fazenda Nacional lotado na Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional / 5ª Região.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna volta a discutir comportamentos baseados na ética, principalmente diante da facilidade de divulgação dos fatos cotidianos, tanto pelas redes sociais, aprimorado com a facilitação de acesso aos sistemas virtuais, quanto pela imprensa que se organizou para ser o verdadeiro e eficaz instrumento democrático de fiscalização, mais eficiente, muitas vezes, do que os criados com esta finalidade.

Na maioria das vezes, a discussão se baseia em condutas de gestores públicos, políticos, dirigentes de partidos, empresas comerciais e todos os relacionamentos humanos que ganham relevância pela gravidade do fato ou pelos aspectos da sua realização.

No entanto, as manifestações da União nos processos judiciais também devem sofrer o crivo do julgamento pela ética, pois elas se realizam em nome do ente público que tem papel específico diante dos cidadãos, possuindo, inclusive, deveres próprios se comparados com os atos praticados pelos representantes da parte comum, como, por exemplo, o de facilitar o exercício de direito posto por eles que, muitas vezes, são partes adversas na disputa judicial.

Por esta razão, o objetivo deste artigo é identificar o conceito de ética na administração pública, aplicando-o sobre os atos administrativos, inclusive sobre as manifestações judiciais realizadas pelos agentes investidos com esta atribuição.

Para tanto, se iniciará o desenvolvimento da discussão tentando estabelecer elementos característicos da ética, a fim de criar um parâmetro para facilitar a caracterização de determinada conduta do ente público como ética, ou não, estabelecendo, assim, os seus componentes representativos, a fim de permitir estabelecer critérios para o julgamento dos atos e manifestações judiciais, tanto pelos agentes públicos, quanto pelos atores do processo judicial.

Ainda para identificação da conduta ética dos agentes da Fazenda Pública, serão resgatados os conceitos de interesse público, bem como analisada a repercussão dos Princípios Administrativos sobre ela, especialmente o da Moralidade, Legalidade e Impessoalidade, tudo para nortear a função a ser exercida pelo Estado, tanto na prática de seus atos, como nas manifestações judiciais.

Identificada a conduta ética, já incorporada pelo interesse público a conduzir os atos do Estado e pela observância dos Princípios Constitucionais Administrativos, serão apresentados os fatos e fundamentos para que as manifestações dos entes públicos sejam representativas da verdade, mesmo que elas venham a trazer prejuízos ao ente público, até porque, o processo civil moderno exige dos sujeitos envolvidos, não somente as partes, mas de todos, o efetivo exercício da colaboração processual com a função jurisdicional, motivo pelo qual, os fatos, na sua completude, devem ser apresentados em juízo, principalmente se eles forem trazidos pelos agentes públicos investidos na atribuição de representação do Estado em Juízo.

No desenvolvimento do trabalho também se irá demonstrar que o dever de expor a verdade é representação da boa-fé processual, elemento que, por sua vez, está inserido na caracterização da probidade do ato processual.

Por fim, irá se demonstrar que as manifestações



judiciais dos entes públicos só podem ser consideradas éticas se corresponderem à verdade, devendo elas ser procuradas pelos agentes, pois, sem tal preocupação, o ato poderá, inclusive, configurar ato de improbidade administrativa.

## 2. ÉTICA

A discussão sobre a identificação de elementos caracterizadores da ética vai além da etimologia da palavra, pois o que importa, neste caso, é a descoberta da sua essência mediante o descortinar dos seus componentes, razão pela qual se torna importante analisar alguns conceitos utilizados pela doutrina a este respeito.

Para Lemos, em seu artigo publicado e arquivado na biblioteca virtual da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, a Ética é uma ciência que tem por elemento de análise a conduta humana, cujo objeto seria a moralidade, não como valor a ser perseguido, mas sim como critério para julgamento dos atos praticados (LEMOS, 2011, p. 01).

Ainda considerando as ideias defendidas por Lemos (LEMOS, 2011, p. 01 a 04), da inter-relação entre a Ética e o Direito, ela, apesar de ser representativa do deve-ser, está acima do direito positivado no ordenamento jurídico, servindo, inclusive como elemento para se aferir a justiça tanto na aplicação do direito, quanto na sua criação.

Já para Quaresma (QUARESMA, 2008, P. 57), analisando a Ética do ponto de vista filosófico, ele conclui que ela avalia as condutas individuais frente aos valores das comunidades onde elas são praticadas. Para ele, a discussão sobre a definição de atos Éticos exige a abordagem de valores sociais definidos pela comunidade, bem como sua hierarquização, uma vez que, partindo deles, os atos seriam considerados bons ou ruins.

Em sentido semelhante, Cláudia Menezes defende que a Ética tem por objeto de análise o comportamento humano praticado dentro de sua liberdade, cujo ato foi praticado sem coação ou indução, interna ou externa, feita com base em valores diversos (MENEZES, 2011, P. 10), mas representativos para a coletividade.

De todos os conceitos sobre Ética podemos afirmar que a conduta correta é a praticada dentro da liberdade do indivíduo, cuja escolha se deu em função dos valores sociais conhecidos e respeitados, sendo ela, por esta razão, considerada boa.

Mas, a grande dificuldade, portanto, para classificação da conduta como ética é a identificação dos valores sobre os quais as escolhas individuais devem ser rea-

lizadas, sendo este, também, o problema a ser pensado quando da classificação da conduta dos agentes públicos, principalmente diante da figura do Estado, ser não natural e criado pela coletividade para desenvolver ações em prol do bem comum.

Ora, quando um grupo de pessoas convencionou abrir mão das suas liberdades plenas para a constituição de uma sociedade, sentiu a necessidade da criação de um ente capaz de exercer o controle da coletividade, que, por não ser constituído naturalmente, exigiu o regramento de suas atribuições (ROUSSEAU, 2000, p. 31), até como forma de garantir a legitimidade para o exercício efetivo das atribuições outorgadas.

Assim, o Estado, criado pelo exercício da soberania popular, objetivando a gestão do bem comum (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 175), elevado o sujeito à condição de criador e destinatário do próprio ente público, mas, por ter sido criado sobre os valores sociais vigentes, sua conduta precisa ser realizada por agentes de representação comprometidos com estes preceitos éticos, pois sempre devem balizar suas escolhas nos valores sociais vigentes de uma determinada comunidade.

Ressalte-se, nem mesmo após a constituição do Estado e as mudanças dos valores sociais que o motivaram, a correlação entre as escolhas exercidas por seus agentes com os valores éticos ainda permanece, pois todos seus atos posteriores são praticados em função do interesse público.

Para evitar dúvidas e demonstrar que, mesmo depois de constituído o Estado, os seus atos devem, em regra, ser considerados éticos, pois estão em compasso com os valores sociais, importa chamar atenção para a lição do Celso de Mello (MELLO, 2007, p. 57), na qual ele afirma que o interesse público, a mover o Estado em seus atos, nada mais é do que os interesses individuais publicizados e edificados na figura do próprio Estado, permitindo-nos concluir que, como eles têm dimensão coletiva, o interesse público sempre será ético, já que é composto pelos valores sociais que permitiram a exposição dos interesses individuais de forma coletiva.

Ocorre que o Estado, quando de seus atos e manifestações, não pode realizar indistintamente o interesse público, ele o faz dentro dos limites pré-estabelecidos, criados pelos legisladores, uma vez que não há liberdade plena de atuação.

Na verdade, para o Estado, o valor ético também é o valor representativo do texto legal, porque o interesse público, no sentido de interesse individual coletivado, se expressa através de texto normativo criado pelo legislador escolhido pelos cidadãos, o qual blinda o interesse público pela indisponibilidade dele aos particulares e agentes públicos, até porque, os entes públicos devem obediência ao Princípio da Legalidade, como previsto no art. 37 da CF/88.

Fora isso, não se pode esquecer que depois de blindado o interesse público pela indisponibilidade aos

particulares e agentes públicos, bem como pelo respeito ao Princípio da Legalidade, os representantes do Estado deixam de exercer sua vontade própria nas manifestações, sejam elas na esfera administrativa ou judicial, sendo-lhe vedado qualquer favorecimento ou perseguição, até porque os atos são informados pelo Princípio da Impessoalidade justamente porque o legislador ordinário, ao criar o texto normativo, conseguiu absorver o abstrato interesse público, representado, neste caso, pelos valores éticos e sociais da coletividade vigentes naquele momento (OMMAT. 2001, p. 05).

Não se pode esquecer que, sob a perspectiva da administração, o Princípio da Legalidade se transforma em Princípio da Estrita Legalidade, do qual se afere que os atos administrativos só podem ser praticados se houver lei autorizando e que a pena pela sua inobservância é a nulidade ou anulação do mesmo (GASPARINE, 1995, p. 06).

Ainda sob a perspectiva da administração, não se pode deixar de mencionar que a ideia decorrente do Princípio da Impessoalidade é de que o agente não manifesta vontade própria ao se pronunciar no exercício de sua função, pois ele, por força do Princípio da Legalidade e da posituação do interesse público, só estaria executando um ato que, na verdade, seria do Estado (MORAES, 2008, p. 321), o qual, por sua vez, deveria estar fundado nos valores éticos vigentes, já que deles era sua tradução, o que reforça a compreensão que tais atos devem ser, sempre, éticos.

Em suma, por todas as considerações acima, o ato praticado pelo Estado sempre deverá ser considerado Ético porque o texto normativo, no qual a manifestação se funda, deve ser o resultado da identificação abstrata dos valores coletivos, os quais são representativos do interesse público, acrescido do fato do agente dever obediência ao Princípio da Legalidade e da Impessoalidade.

Fora isso, também contribui para a conclusão de que o ato do Estado sempre é Ético, o fato do agente, que o realiza por representação, ainda ter que identificar e questionar se o seu ato está de acordo com o interesse público e o conjunto de valores Éticos, principalmente quando o ato administrativo for discricionário.

Corroborando com que já fora escrito, não se pode esquecer que o ato Ético do Estado, bem como de seus agentes, deve ser perseguido porque está em consonância com os componentes legais, sendo uma das suas fontes o texto constitucional, mais especificamente o Princípio da Moralidade administrativa, da Legalidade e da Impessoalidade.

### 3. A ÉTICA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Princípio da Moralidade, depois de positivado constitucionalmente através do caput do art. 37 da Constituição Federal da República, além de juridicizar valores éticos, transformou em

ilícito o descumprimento deles (MELLO, 2007, p. 115), fato que traz uma série de implicações, inclusive a permissão para configurar a inobservância como ato de improbidade administrativa.

Na verdade, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Princípio da Moralidade exige comportamento honesto, assim considerado pela ideia comum sobre tal característica, ou seja, que os atos praticados estejam em consonância com os princípios de justiça e de equidade (DI PIETRO, 2003, p. 79).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Princípio da Moralidade vai mais além, pois, para ele, está erigido sobre os cânones da lealdade e boa-fé, exigindo da administração uma conduta sincera, afável, sendo defeso, por conseqüência, o comportamento astucioso ou malicioso, praticado com o propósito de confundir, induzir a erro, para prejudicar ou impedir o usufruto de direito disponível ao cidadão (MELLO, 2007, p. 115).

Em suma, para facilitar o alcance dele, o Princípio da Moralidade exige, dos agentes, da administração e também dos administrados, uma conduta proba, honesta, clara, construída sobre a lealdade e boa-fé, sendo vedada a prática de qualquer ato tendente a dificultar ou impedir o usufruto de direitos pelo cidadão, mesmo que eles causem prejuízos à administração ou impliquem em reconhecimento do direito posto à disposição do contribuinte/cidadão.

Assim, por força do Princípio da Moralidade, a administração e seus agentes, seja nas suas manifestações administrativas ou judiciais, eles devem sempre falar a verdade, pois esta é a conduta esperada pelos administrados, mesmo que essa verdade comprometa a administração, os seus gestores, ou lhe cause danos.

Portanto, o ato do Estado será ético quando praticado em consonância com os valores socialmente relevantes, bem como se atendida a moralidade própria, quando ele tenha sido exposto em ambiente onde a verdade prevaleça.

Fora isso, o ato do Estado deve estar fundado em lei, tendo em vista o dever de se submeter ao Princípio da Legalidade, até porque o texto normativo é a representação do interesse público, em sua face da coletivização do interesse privado, como também ao Princípio da Impessoalidade, onde veda que os atos sejam dirigidos a determinada pessoa ou conjunto delas.

Se isso não fosse suficiente, ainda é importante ressaltar que como o ente público é um ser diante da coletividade, mesmo com toda a construção jurídica para a preservação da Ética, ele também precisa difundir os va-

lores éticos reconhecidos, pois a legitimação da atuação também precisa disso.

Para a União, além da preocupação na prática de atos éticos, a construção da legitimação do controle dos atos éticos exigiu a construção de um sistema de divulgação e avaliação da conduta ética dos servidores, o qual foi denominado Sistema de Gestão da Ética Pública, iniciando o seu funcionamento através do Decreto n. 1.171/1994 que aprovou o código de ética do servidor público civil (MENEZES, 2011, P. 06).

Hoje, o Sistema de Gestão da Ética Pública é coordenado pela Comissão de Ética Pública (CEP), órgão ligado à Presidência da República, que, além de órgão consultivo, exerce o papel de apuração do ato antiético pelas autoridades públicas de alto escalão, sugerindo, inclusive, a pena a ser aplicada pelo Presidente (MENEZES, 2011, P. 06).

Na verdade, em consonância com tudo que já foi demonstrado sobre a conduta ética do Estado, importa esclarecer que o código de ética do servidor público civil estabelece que a moralidade administrativa vai além da simples discussão sobre o certo e o errado, vez que, para reconhecimento da moralidade da conduta do servidor depende da aferição do equilíbrio entre a legalidade e a finalidade do ato praticado, ganhando contornos da discussão sobre o desvio, ou não, do poder administrativo pelo agente.

Fora isso, a conduta ética exige do agente a verdade, mesmo que ela contrarie os interesses da administração ou de seus administrados, além disso, é dever do agente público a conduta ética tanto que em suas manifestações ele deve ser leal, probo, honesto, como exigido na aliena C do inciso XIV do anexo do Decreto 1.171/1994.

Em suma, a conduta do agente público deve ser leal e as manifestações em juízo, realizadas pelos advogados públicos, também devem estar pautadas nesta qualidade, até porque, nesta situação, o dever de lealdade ganha outros contornos porque sofre influência de outros textos normativos, como o Código de Processo Civil.

#### **4. DA PROIBIDADE NA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL**

O dever de lealdade se reflete no dever de apontar, com veracidade, os fatos apontados no processo, sendo ele ferido quando o agente houver expressado algo que não condiga à realidade (MAIA, 2002, p. 11).

Na verdade, para Valter Maia, o dever de lealdade corresponde ao Princípio da Proibidade Processual atingin-

do todos os sujeitos que funcionam no processo, ou seja, o julgador, o membro do Ministério Público, as partes, os serventuários e assistentes (MAIA, 2002, p. 11).

Já para Vincenzi, depois de realizado estudo comparado, ele firmou convicção que o dever de veracidade, elemento do dever de boa-fé processual, deve ser exercido pelos sujeitos no momento da prática de seus atos mediante a indicação dos fatos devidamente comprovados, sem qualquer omissão, caracterizando a boa-fé processual como elemento subjetivo (VINCENZI, 2003, p. 96), reduzindo a discussão na adequação entre o fato narrado a consciência dele pelo executor.

No entanto, para Joaquim Dias Filho, Procurador da Fazenda Nacional e Mestre em Direito, a boa-fé processual também deve ser observada no seu aspecto objetivo, traduzido no comportamento das partes em juízo, impedindo, por exemplo, a mudança de postura no curso processual, pois tal prática afeta a função jurisdicional, a garantia do contraditório e o Princípio da Cooperação dos atores do processo para a correta solução e exercício da função jurisdicional do Estado (DIAS FILHO, 2011, P. 23).

Em suma, o Princípio da Lealdade Processual, como face da proibidade processual, exige dos sujeitos envolvidos no processo, a apresentação de todos os fatos conhecidos, todos devidamente comprovados, bem como comportamento condizendo com os atos praticados, sendo vedada a mudança de comportamento no curso do processo, o que implica reconhecer que a prática de atos exige do sujeito a boa-fé, seja ela objetiva ou subjetiva.

Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico exige a conduta proba do sujeito no processo, tanto na sua formação quanto para solução do conflito, pois o Estado se limitou a atuar na solução, mediante a sujeição ao Princípio Processual Civil da Disponibilidade. Esse Princípio reza que a atuação Estatal só pode ser desenvolvida se houver provocação da parte interessada na aplicação do direito, essa instigação do Estado é uma faculdade posta pelo sistema à parte (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 1993, P. 57), se ela não o fizer, não haverá nenhuma pena, a não ser a inexistência de solução do conflito e a impossibilidade de fazê-lo por mão própria.

Fora isso, não se pode esquecer que o Estado, para solucionar um conflito de forma correta, depende das partes terem exercido as garantias constitucionais dirigidas aos sujeitos do processo, como é o caso do contraditório e a da ampla defesa, o qual só pode ser exercido a contento se os fatos apontados forem postados corretamente, incluindo, para tanto, a necessidade de ser apresentado na

sua integralidade, respeitando a boa-fé processual, até porque os sujeitos devem atentar ao Princípio Processual da Colaboração.

Para Joaquim Dias Filho, após uma análise do direito comparado, o Princípio da Colaboração processual das partes tem ganhado importância, pois retira o Julgador da condição de inércia e permite sua interferência para a correta realização da função jurisdicional, estabelecendo-se como uma prestação realizada dentro de um diálogo jurisdicional, cujo fundamento decorre do próprio Princípio do Contraditório (DIAS FILHO, 2011, p. 98 e 99), chamado de Princípio da Colaboração Processual.

Francisco de Barros Silva Neto ainda alerta que, como a função jurisdicional é importante para o desenvolvimento social, as partes devem colaborar com a função jurisdicional, apresentando fatos verdadeiros, sendo vedada a omissão, ou seja, exigindo, dos sujeitos processuais, a prática de atos probos, completos (SILVA NETO, 2010, p. 73).

Ainda para Francisco de Barros Silva Neto (2010, p. 30), *“a probidade se insere no contexto da cooperação processual, que envolve todos os participantes do processo, inclusive e, sobretudo, o julgador”*.

Portanto, a conduta ética, proba, na sua faceta da veracidade da apresentação dos fatos, atende ao Princípio da Legalidade, pois respeita o interesse público positivo, e ao Princípio da Impessoalidade, vez que não está dirigido a atingir determinada pessoa ou grupo deles, contribuindo também para a correta prestação jurisdicional, sendo vedado aos agentes de representação do Estado em Juízo, furtarem-se ao seu atendimento, até porque o abuso no direito de defesa pode gerar reprimenda por parte do poder jurisdicional.

Uma das reprimendas aos atores do processo que abusaram do direito de defesa, descritos no art. 17 do Código de Processo Civil, é a aplicação das penas previstas no art. 18 do Código de Processo Civil, as quais devem ser executadas ao final do processo, revertendo-se o resulta à parte prejudicada, mesmo nos casos em quem deu causa foi o Estado.

No entanto, além delas, os advogados públicos podem sofrer outras sanções, agora de caráter individual, como a tipificação de seus atos como de improbidade administrativa, bem como o enquadramento da sua conduta como infração disciplinar.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apontado acima, a conduta desleal do Es-

tado no processo judicial, através dos seus representantes, os advogados públicos, pode sofrer a reprimenda mediante o estabelecimento de multa, incluindo o dever de indenizar os danos causados pela conduta condenável, tudo como previsto no art. 18 do CPC, desde que fique caracterizada qualquer hipótese prevista no art. 17 de tal codex.

Mas, a conduta desleal do agente público pode, também, trazer outras conseqüências, pois, como a deslealdade processual provocada por agentes é uma conduta antiética, ela culmina por descumprir o Princípio Administrativo da Moralidade, da Legalidade e, dependendo do desvio de finalidade, também o da Impessoalidade.

Por esta razão, a deslealdade processual reconhecida tipifica a conduta do agente como ato de improbidade, o qual poderá ser apenado com a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos do agente e tantas outras sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Fora a configuração do ato de improbidade, a deslealdade processual também configurará ato infracional do agente público que, por força do dispositivo legal art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990, gera a pena de demissão.

Portanto, os representantes do Estado, quando se manifestarem em juízo ou mesmo nos processos administrativos, devem estar atentos para o dever de apresentar os fatos devidamente comprovados, sem qualquer omissão, mesmo que isto cause necessidade de reparação pelo ente público ao particular, preocupando-se, sempre se tais atos atendam à legalidade e à impessoalidade, pois é seu dever ético ser verdadeiro, agir com probidade, lealdade, franqueza, dentro da legalidade, sem dirigir seu ato para satisfação de um interesse particular seu ou de outrem e facilitar o exercício do direito pelo cidadão, sob pena de ser sancionado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros, 1993.
2. DIAS FILHO, Joaquim José de Barros. *Princípio e Clausula Geral da Boa-fé Objetiva e Suas Aplicações no Sistema Processual Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2011.
3. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2003.
4. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Uma Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo:

- Atlas, 2001.
5. GASPARINE, Diógenes. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. São Paulo, Saraiva, 1995.
  6. LEMOS, Bruno Espiñeira. *Ética, Moralidade e Advocacia Pública (Com Um Enfoque Voltado à Atividade dos Procuradores dos Estados)*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso/vtese.htm>. Acesso em: 30/09/2011.
  7. MAIA, Valter Ferreira. *Litigância de Má-fé no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.
  8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Malheiros, 2007.
  9. MENEZES, Gláucia Gisele de Oliveira Campos de. *Ética na Administração Pública*. Programa de Desenvolvimento de Dirigentes Fazendários Módulo I – Gerencial, Escola de Administração Fazendária, 2011.
  10. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008.
  11. OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia Pública – Algumas Reflexões*. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/revista/texto/2111/advocacia-publica-algumas-reflexoes/print](http://jus.com.br/revista/texto/2111/advocacia-publica-algumas-reflexoes/print). Acesso em 29/09/2011.
  12. QUARESMA, Ruben de Azevedo. *Ética, Direito e Cidadania: Brasil Sociopolítico e Jurídico Atual*. Curitiba, Editora Juruá, 2008.
  13. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.
  14. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A Improbidade Processual da Administração Pública e a sua Responsabilidade Objetiva pelo Dano Processual*. Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris, 2010.
  15. VINCENZI, Brunela Vieira De. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo, Atlas, 2003.

# AS AÇÕES REGRESSIVAS EM CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO E A NECESSIDADE DE AMADURECIMENTO DO EMPRESARIADO.

**Jorge Luiz de Carvalho  
Dantas Júnior**

Mestrando em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide em Sevilla, Espanha. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco. Atualmente é associado ao Urbano Vitalino Advogados em Recife, Pernambuco. Tem experiência na área de Direito do Trabalho, com ênfase em advocacia consultiva e preventiva.

## INTRODUÇÃO

É corolário lógico que toda empresa que contrata empregados e desenvolve qualquer atividade empresarial deve, acima de tudo, zelar pela higidez física e mental dos seus trabalhadores. Ocorre, porém, que no nosso cotidiano a realidade não é essa e diariamente vários trabalhadores são encaminhados à Previdência Social em razão de acidentes de trabalhos sofridos no seu ambiente profissional.

A razão de vários afastamentos é, senão outra, o fato de muitas empresas não se adequarem à legislação que disciplina as suas atividades e, concomitante a isso, porque sabem que o Estado amparará aqueles empregados acidentados. Há, infelizmente, vários empresários que ainda têm o antigo pensamento de que *“nada tem a ver com isso, pois já cumprem com sua obrigação de pagar mensalmente a contribuição pre-*

*videnciária”* e não se preocupam com esse problema social.

O fato é que essa racionalidade empresarial tenderá a mudar porque os Procuradores Federais do INSS, mais especificamente os que trabalham nas Seções de Cobrança e Recuperação de Créditos (SECOB), vêm, paulatinamente, ajuizando Ações Regressivas contra empresas que por negligência violam as normas de saúde e segurança de trabalho e isso deve ser considerado como um “alerta” para os empresários, sejam estes de grande, médio ou pequeno porte.

Como nos ensina o juiz do trabalho paranaense Dr. Leonardo Wandelli<sup>1</sup>, devemos sempre *“refletir sobre as condições concretas de cidadania dos trabalhadores, enquanto pessoas titulares de direito, em um sistema no qual a maior parte das pessoas depende da alienação de sua força de trabalho para ter acesso às condições de produção, reprodução e desenvolvimento de duas vidas”*. Com efeito, faz-se necessário refletirmos sobre as reais condições de trabalho existentes no Brasil, sobretudo aquelas desempenhadas à mercê da Consolidação das Leis do Trabalho, das Normas Reguladoras (NR's) e de diversas outras normas que visam proteger, sobretudo, a vida dos empregados.

O intuito do presente artigo é fomentar a discussão sobre o tema e alertar o empresariado e os advogados, os quais devem ter uma atuação preventiva, pois, através da orientação jurídica, evitam acidentes de trabalho no seio das empresas dos seus clientes.

## A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A NECESSIDADE DE AMADURECIMENTO

Sabe-se que não é fácil ser empresário no nosso país. Há várias correntes doutrinárias acerca do tema e umas defendem que é muito caro abrir uma empresa no

1. WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. Pág. 92.

Brasil, pois existem vários impostos; a legislação trabalhista é atrasada e rigorosa e fatores como estes inibem a geração de empregos e a distribuição de renda para a população. Já outras correntes defendem que não é bem assim, que o empresariado absorve de forma abrupta a força do trabalhador e assim obtém um lucro estratosférico, gerando, entre outros problemas, uma desigualdade social cada vez mais gritante.

Enfim, há quem defenda uma dessas correntes, mas, o que se pretende levantar aqui é que, independentemente do tipo de gestão que a empresa faça (seja a maquiavélica ou uma mais social), são poucos os empresários que realmente cuidam da vida dos seus empregados e essa é a nossa ideia central.

Evitar acidentes de trabalho é realmente preservar aquilo que o ser humano tem mais de precioso, sagrado e, principalmente, único: a vida humana.

Ocorre, no entanto, que muitos empresários esquecem dessa questão e atuam de forma desumana. Em pleno ano de 2012, ainda é comum nos depararmos com absurdas notícias de trabalho escravo ou trabalhadores vivendo e executando suas atividades em condições sub-humanas. Esses exemplos são apenas para demonstrar que ainda não há um amadurecimento do empresariado e que alguns convivem com a ideia da época da Revolução Industrial, cujo período não existia regras e o lucro era a única coisa que interessava.

O lucro é importante, vital para economia e saúde da empresa, e é justamente entendendo isso que se desenvolve o presente artigo. É com o intuito de evitar prejuízos financeiros que se faz este alerta, pois, por mais que as linhas acima possa aparentar uma linguagem puramente marxista, é com as ações preventivas que evitamos uma demanda judicial e custos maiores para as empresas. Ressalte-se que além da Ação Regressiva, objeto deste estudo, o empregado também poderá ajuizar a sua Reclamação Trabalhista, independentemente do pleito ajuizado pela autarquia federal.

Quando falamos em Ação Regressiva contra as

empresas, estamos tentando chamar a atenção do empresariado para a sua responsabilidade, que “não está apenas em pagar o INSS mensalmente”. Essa racionalidade faz com que empresários submetam seus empregados à condições degradantes de trabalho.

Lamentavelmente, para alguns empregadores a conta é basicamente esta: contrata-se o empregado, ele se acidenta, fica inválido e recebe sua aposentadoria do INSS. Nesse interregno o empresário já contrata outro funcionário e simplesmente esquece daquele que foi afastado, pois cabe agora ao Estado manter e sustentar aquele cidadão.

Essa racionalidade precisa mudar e caberá ao empresário, acima de tudo, demonstrar que seguiu perfeitamente todas as normas de Segurança do Trabalho e evitou ao máximo a existência de acidente de trabalho.

Faz-se necessário ressaltar que até o ano de 2009<sup>2</sup> o empresariado brasileiro não tinha qualquer “incentivo” para trabalhar em prol da Segurança do Trabalho dos seus empregados e somente em janeiro do referido ano que passou a ser operacionalizado o Fator Acidentário de Prevenção (FAP), sendo este o sistema possibilitador de aumento ou diminuição de impostos inerentes a carta tributária da empresa, merecendo, por isso, um destaque neste ponto.

Desta sorte, o Fator Acidentário de Prevenção tem como objetivo incentivar a melhoria das condições de trabalho e da saúde do trabalhador, estimulando individualmente cada empresa a implementar políticas mais efetivas de saúde e segurança no trabalho para reduzir os casos de acidentes.

A fonte de custeio para a cobertura de eventos advindos dos riscos ambientais do trabalho - acidentes e doenças do trabalho, assim como as aposentadorias especiais - baseia-se na tarifação coletiva das empresas, segundo o enquadramento das atividades preponderantes estabelecido conforme a Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE<sup>3</sup>.

Anteriormente, a tarifação coletiva estava prevista no art. 22 da Lei 8.212/1991 que estabelecia que as

2. A previsão para o início da vigência do FAP, definida no Decreto n. 6.402/07, foi prorrogada de 01.01.2008 para 01.01.2009, em virtude da publicação do Decreto n. 6.257/07.

3. A Comissão Nacional de Classificação – CONCLA é a entidade responsável pela definição e estruturação da CNAE. A versão 2.0 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas foi divulgada pela resolução CONCLA n. 1, de 04.09.2006 (DOU de 05.09.2006). Para efeitos previdenciários, a referida classificação consta do Anexo V do Regulamento da Previdência Social – RPS.

taxas de 1, 2 e 3% calculados sobre o total das remunerações pagas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. Hoje, essas alíquotas foram alteradas após o Decreto 6.957/2009.

Com essa nova sistemática, se a empresa garante um ambiente de trabalho salubre, com ótimas condições de trabalho e, sobretudo, mantém uma política de prevenção de acidentes ativa (PCMSO, CIPA, por exemplo), ela terá uma redução do FAP.

O FAP, em mais uma inovação da Previdência Social, representa a possibilidade de estabelecer a tarificação individual das empresas, flexibilizando o valor das alíquotas, as quais poderão ser reduzidas pela metade ou elevadas ao dobro.

Registre-se, ainda, que o FAP irá variar todo ano e a empresa poderá impugná-lo através de recurso administrativo, caso não concorde com o fator que lhe foi imposto. Enfim, a cada ano a Previdência analisará as estatísticas de cada empresa e atribuirá – no mês de outubro - o FAP correspondente.

Sendo assim, desde o ano 2009 o FAP passou a ter uma nova metodologia de cálculo, que leva em consideração a acidentalidade total da empresa, com a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) e todos os nexos técnicos sem CAT, incluído todo o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) a partir de abril de 2007.

O NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico não é o único utilizado no cálculo do FAP. Pelos novos critérios, são atribuídos pesos diferentes para as acidentalidades, inclusive em relação ao tipo de benefício gerado por estas. Cada um dos benefícios concedidos pela Previdência Social tem um peso diferenciado, sendo que a pensão por morte e a aposentadoria por invalidez, por exemplo, tem um peso maior que os registros de auxílio-doença e auxílio-acidente.

Por essa atribuição de pesos diferenciados na nova metodologia, o que se visa é prevenir ou reduzir, prioritariamente, acidentes com morte e invalidez, vez que pela metodologia anterior, o cálculo levava em consideração apenas a acidentalidade presumida do NTEP, sendo que não se considerava a distinção entre os tipos de afastamentos ou eventos acidentários.

Enfim, as empresas com mais acidentes e acidentados mais graves passarão a contribuir com um valor maior,

enquanto as empresas com menor acidentalidade terão uma redução no valor da contribuição.

Já se denota, portanto, que a legislação brasileira oferece subsídios estimuladores para o empresariado (O FAT é apenas um relevante exemplo) e cabe a este ter a maturidade de que se há na sua empresa políticas internas de prevenção, conscientização e, sobretudo, cumprimento das normas de segurança do trabalho, a empresa só tem a ganhar, gerando assim o principal para a sobrevivência empresarial, que é o lucro.

## O ACIDENTE DE TRABALHO

Até a Revolução Industrial a questão do acidente de trabalho era meramente um acontecimento decorrente do acaso. Confundia-se, naquela época, com força maior ou caso fortuito, ou seja, meramente por ausência de sorte do trabalhador.

Desde então algumas legislações esparsas traziam algo sobre o tema, mas, falando-se agora de Brasil, o acidente de trabalho só veio a ser definido em 1976 após a edição da Lei n. 6.367, que em seu artigo 2º dizia basicamente que acidente de trabalho era aquele ocorrido por dever de ofício dentro da empresa.

Hoje, quem regulamenta e define, pelo menos de forma estrita, é a Lei 8.213 de 24.07.1991 e no *caput* do seu artigo 19 dispõe:

*“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do artigo 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”*

O artigo é taxativo e basicamente define os elementos preliminares para se configurar o acidente de trabalho, quais sejam, (i) que o acidente deve se dar em decorrência do trabalho a serviço do empregador e que tal acidente provoque no indivíduo (ii) lesão corporal ou perturbação funcional.

Não obstante isso, o referido artigo também demonstra que as causas decorrentes dos referidos elementos são (i) a morte ou (ii) perda ou redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

Portanto, a legislação previdenciária apenas de-



monstra o seu sentido estrito, que é o considerado pela doutrina o “acidente-tipo”, mas, com a evolução hermenêutica, hoje já se sabe que outros casos são considerados acidentes de trabalho (Conceito Ampliado de Acidente de Trabalho), sendo esse entendimento amplo fruto da evolução da teoria da responsabilidade civil<sup>4</sup>, que será demonstrada adiante.

Antes disso, importante chamar a atenção para a racionalidade de que o acidente do trabalho é uma coisa fortuita, porque nos dias atuais o empregador não pode se esquivar de sua responsabilidade e alegar meramente que o mesmo ocorreu por ausência de sorte. Hoje, basicamente, todas as atividades empresariais estão devidamente regulamentadas e cada uma com os riscos inerentes da atividade, existindo, inclusive, as conhecidas Normas Regulamentadoras (NR's) que se aplicam a certas atividades. Ou seja, muitas empresas já desenvolvem suas atividades trabalhando com a hipótese de “risco assumido” e, a depender do ramo, já sabem previamente que o acidente pode ocorrer a qualquer momento.

A Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive, antevendo a grande possibilidade de ocorrência de acidente laboral durante e no local do trabalho, dedica um capítulo inteiro (Capítulo V – Título II – Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho) para tratar de segurança e da medicina do trabalho, com disposições referentes à inspeção, embargo ou interdição das instalações; órgãos de segurança e de medicina do trabalho nas empresas; Equipamentos de Proteção Individual – EPI; medidas de proteção individual; medidas preventivas de medicina do trabalho; edificações; iluminação; conforto térmico; instalações elétricas; movimentação; armazenagens e manuseio de materiais; máquinas e equipamentos; prevenção da fadiga e outras normas.

Salta à vista, portanto, que a legislação desde sempre previu que o trabalhador é merecedor de cuidados e isso implica numa maior atenção ao ramo de atividade que o empresário desenvolve.

Como dito alhures, atualmente o conceito de

Acidente do Trabalho foi ampliado e os ensinamentos do Professor Dr. José Cairo Júnior<sup>5</sup> são relevantes para o caso em questão, senão vejamos:

*“Concomitantemente com a evolução da teoria da responsabilidade civil que, no caso específico da infortunística laboral, eliminou o elemento subjetivo, houve uma ampliação legal do conceito do trabalho para acolher também, sob o ponto de vista objetivo, além dos casos em que há culpa exclusiva da vítima, as hipóteses de doenças ocupacionais e de acidente de trajeto, também denominado de acidente in itinere. (...) A equiparação legal do acidente de trabalho típico às espécies supramencionadas foi resultado da adoção, paulatina, da teoria do risco profissional com a tendência de evolução para a teoria do risco social.”*

E professor conclui o raciocínio:

*“Em síntese, ao acidente do trabalho lato sensu, por equiparação legal, pertencem a três espécies: a) a acidente-tipo; b) doença ocupacional; e c) acidente in itinere. São considerados também acidentes de trabalho, em que pese inexistir causalidade direta com a relação de emprego, aquele sofrido pelo empregado no local e no horário do trabalho em consequência de ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; ato de imprudência, de negligência ou imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; ato de pessoa privada do uso da razão; e desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior”.*

Nota-se que com a ampliação do conceito do acidente de trabalho, praticamente todo e qualquer acontecimento prejudicial aos empregados é de responsabilidade do empregador e essa responsabilidade advém, principalmente, em razão da teoria da responsabilidade civil. Ocorre, porém, como dito no tópico anterior, que muitos empresários não absorvem essa responsabilidade porque ela, na decorrência do acidente, é automaticamente transferida para o Estado, uma vez que o empregado é encaminhado ao Instituto Nacional de Seguridade Social<sup>6</sup>.

O que se demonstrará é que nem em todos os casos o Estado suportará esse custo sozinho e passará a

4. CAIRO JÚNIOR, José. O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador. 5. ed. São Paulo : LTr, 2009. Pág. 48.

5. CAIRO JÚNIOR, José. Op. Cit. Pág. 48

6. “Seguindo a orientação da maioria dos ordenamentos jurídicos, o Brasil instituiu o

seguro estatal obrigatório para a cobertura do acidente de trabalho, na forma de uma contribuição social adicional, denominada Seguro Acidente do Trabalho, eliminando a culpa para aferição da responsabilidade civil, bastando simplesmente a existência da ação ou omissão, o nexo de causalidade e o dano.

A eliminação do elemento anímico da responsabilidade civil importou, como forma de compensação, na limitação do valor da indenização por meio da tarifação prévia.” (CAIRO JÚNIOR, José. Op. Cit. Pág. 62).

ajuizar Ações Regressivas contra os empregadores, independentemente da existência de outra ação interposta individualmente pelo acidentado, com o intuito de receber o valor que será desembolsado pelo erário público.

## AS AÇÕES REGRESSIVAS AJUIZADAS PELO INSS E A DEFESA DA EMPRESA

Como dito no início do presente estudo, esse tema não é novo, porém, desde o ano de 2007, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS vem ajuizando ações regressivas contra empresas que não cumprem com as normas de segurança do trabalho.

Sabe-se que o INSS é o segurador obrigatório em relação aos acidentes laborais que provoquem incapacidade para o trabalho, responsabilizando-se, de forma objetiva, pelo pagamento dos benefícios previdenciários.

Destarte, quando a empresa contribui para o aumento do risco de sua atividade, dolosamente ou por negligência no cumprimento das determinações legais relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho, a referida autarquia federal tem a legitimidade para ingressar com uma ação regressiva no sentido de reaver os valores pagos a título de benefício previdenciários acidentários.

Invocando a aplicação do art. 120 da Lei nº 8.213/91, passou a ajuizar ações regressivas contra o empregador e/ou responsável a fim de ser ressarcido dos valores pagos a título de benefício aos segurados quando configurada a negligência em relação às normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva. Eis o que dispõe o referido artigo:

**Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.**

Além do retrocitado artigo, as ações estão sendo fundamentadas, também, nos artigos 186, 927, 932, inciso III, e 933 do Código Civil, bem como art. 7º incisos XXII e XXXVIII da CF/88.

Em que pese a fundamentação legal, forçoso demonstrar que o INSS também busca, como denominado pelos procuradores<sup>7</sup>, um triplo objetivo, quais sejam:

*“O primeiro consiste no ressarcimento das despesas relativas aos benefícios de auxílio-doença acidentários (B-91) concedidos aos segurados acometidos de doenças ocupacionais, moléstias contraídas em face da conduta ilícita de empresas que, ao descumprir as normas protetivas da saúde e segurança dos trabalhadores, contribuiu culposamente para a ocorrência de infortúnios laborais.*

*O segundo objetivo, corolário do primeiro, representa a redução da despesa pública com benefícios acidentários, fazendo com que as empresas não apenas internalize o lucro de sua atividade econômica, mas, principalmente, suporte os encargos financeiros que derivam da inobservância das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores<sup>8</sup>.*

*O terceiro e mais importante dos objetivos consiste na adoção de uma postura proativa de caráter punitivo-pedagógico, que visa incentivar a observância das normas de saúde e segurança dos trabalhadores, contribuindo para a prevenção e proteção dos riscos inerentes às atividades laborais, com a consequente redução dos alarmantes índices de acidentes de trabalho registrados no Brasil<sup>9</sup>.”*

Assim, verifica-se que além da questão pecuniária, o INSS tem como objetivo o caráter punitivo-pedagógico, cabendo agora às empresas a ciência de que suas atitudes negligentes não passarão despercebidas, podendo sofrer uma Ação Regressiva que, diga-se de passagem, se

7. Foi utilizado como parâmetro uma Ação Regressiva Coletiva ajuizada pela Procuradoria Regional da 4ª Região – Rio Grande do Sul (Disponibilizada no site: <http://s.conjur.com.br/dl/inss-regressiva-frangosul.pdf>, acessado em 29/10/2012).

8. Considerando-se o pagamento dos benefícios relacionados a acidentes e doenças do trabalho, somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho em 2009, encontrarse-á um valor superior a R\$ 14,20 bilhões/ano, ao passo que a arrecadação com o Seguro Acidente do Trabalho em 2009 ficou em torno de R\$ 9 bilhões, o que evidencia o déficit da Previdência Social no que tange o custeio das prestações sociais acidentárias. Outrossim, adicionando-se as despesas com o custo operacional do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mais os gastos na área da saúde e afins, verificar-se-á que o custo Brasil atinge valor superior a R\$ 56,80 bilhões.

9. A relevância do terceiro objetivo se justifica pois, segundo dados estatísticos internacionais<sup>2</sup>, o Brasil é o 4º colocado mundial em número de acidentes fatais e o 15º em números de acidentes gerais. Outrossim, de acordo as informações obtidas no site da Previdência Social, no Brasil os riscos decorrentes dos fatores ambientais do trabalho geram cerca de 83 acidentes a cada hora, bem como 01 morte a cada 3,5 horas de jornada diária, sendo que, por dia, em média 43 trabalhadores deixam de retornar ao trabalho por motivos de invalidez ou morte.

Registra-se que estes números ainda não refletem a exata dimensão do problema, pois em face de fenômeno da subnotificação inúmeros acidentes do trabalho deixam de ser comunicados à Previdência Social.

for procedente, terá um custo altíssimo para empresa.

Faz-se necessário ressaltar, por ser relevante, que nem toda empresa será acionada judicialmente em razão dos acidentes de trabalho ocorridos em suas dependências. Não é o fato de existir um acidente no ambiente de trabalho que o INSS de pronto ajuizará uma Ação.

Com efeito, por prudência e até para não banalizar o instituto da Ação Regressiva, o INSS analisará, caso a caso, verificando principalmente se a empresa respeita as normas de segurança e se ela não contribui para o acontecimento do acidente do trabalho. Ressalte-se, como exposto anteriormente, que os empregadores iniciam suas atividades sabendo do risco das mesmas, não podendo se esquivar de sua responsabilidade.

É em razão dessa situação que cabe ao empresário amadurecer e conhecer a atividade que desempenha, por mais que pareça evidente tal afirmação. Há vários empregadores que simplesmente desconhecem todas as normas que norteiam sua atividades e sequer tomam medidas de segurança de trabalho, ficando, assim, vulneráveis a uma Ação Regressiva do INSS.

Deste modo, a defesa da empresa será justamente elaborada com a apresentação de que a mesma está devidamente preparada para desenvolver a atividade para a qual se propôs.

Será demonstrado que o empresário conhece todas as regras e as especificidades e que cumpre, principalmente, as questões básicas como, por exemplo, a realização dos Exames Médicos Ocupacionais (Admissional, Periódico, Mudança de Função e Demissional); que existe o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional – PCMSO e ambos são rigorosamente cumpridos; que elaborou o Perfil Profissiográfico Profissional – PPP para cada trabalhador; que fiscaliza a utilização dos Equipamentos de Proteção Individual – EPI; que se atenta as Normas Regulamentadoras – NR's específicas da atividade econômica e, principalmente, quando existir um acidente de trabalho, que emitiu o Comunicado de Acidente de Trabalho – CAT.

É seguindo os exemplos acima que o INSS não terá subsídios para ajuizar uma Ação Regressiva. Ou seja, basta que o empregador se atente às normas e cumpra com suas obrigações.

Esclarece-se, peremptoriamente, que independentemente do pagamento do SAT - Seguro de Acidentes do Trabalho, os juízes têm entendido que existindo negligência por parte do empregador, este ainda pode ser responsabilizado pelo acidente, desde que o INSS prove robustamente sua pretensão.

O SAT, que tem sua base constitucional estampada no inciso XXVIII do artigo 7º, inciso I do artigo 195 e inciso I do artigo 201, todos da Constituição Federal de 1988, garante ao empregado um seguro contra acidente do trabalho, às expensas do empregador, mediante pagamento de um adicional sobre a folha de salários, com administração atribuída à Previdência Social. Porém, restando provados os requisitos do artigo 120 da Lei nº 8.213/91, o SAT não exclui a empresa da sua responsabilidade. A Súmula 229 do STF é corriqueiramente utilizada nessas situações.

Portanto, cabe às empresas demonstrar que o acidente de trabalho decorreu de infortúnio e sem descumprimento de normas-padrão de segurança e higiene.

## CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no presente artigo, a intenção foi, senão outra, demonstrar que o empresariado brasileiro deve ficar atento para a atividade que desenvolve e ter a maturidade para entender que um acidente de trabalho no seio de sua empresa pode lhe causar mais prejuízos que a mera perda de um empregado. Há uma responsabilidade social que merece reflexão, e que um acidente de trabalho não é um encargo somente do INSS.

Desnecessário dizer que o Brasil cresce diariamente e junto com esse crescimento vem também novos problemas laborais, e que neste contexto o advogado preventivo tem um papel especial que é orientar os seus clientes a, principalmente, cumprirem a legislação pertinente à atividade empresarial e assim evitar prejuízos e custos com demandas judiciais e indenizações arbitradas pelo judiciário.

Foi demonstrado que há incentivo para os empregados obedecerem à legislação e, portanto, entendo que com essa conscientização a sociedade como um todo ganhará com empresas sérias e que cumprem, de fato, a sua função social.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.

WANDELLI, Leonado Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 5. ed. São Paulo : LTr, 2009.

SCHWARTSMAN, Sérgio; MAGALHÃES, Daniel (coord.). *LexNet, Aspectos Modernos do Direito Trabalhista Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FOLMANN, Melissa. VIANA, Cláudia Sales Vilela. *Fator Acidentário de Prevenção (FAP): inconstitucionalidades, ilegalidades e irregularidades*. Curitiba: Juruá, 2010.

CARRION, Valentin,. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: Sariaiva, 2006.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Revista do TRT 6a Região – Tribunal Regional do Trabalho da 6a Região. EJTRT6. Ano 2009. Vol. 19. N. 36. Escola Judicial. Recife, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Claudia Sales Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Site da Previdência Social, [www.previdenciasocial.gov.br](http://www.previdenciasocial.gov.br)

## Frederico José Matos de Carvalho

Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco do TRE-PE

Exmo. Sr. Desembargador-Presidente **Dr. RICARDO PAES BARRETO**, eminentes Desembargadores do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, Exmo. Sr. Procurador Regional Eleitoral, demais autoridades aqui presentes, srs. Advogados, srs. Representantes da Imprensa, meus familiares, minhas senhoras e meus senhores.

Antes de mais nada, gostaria de agradecer as gentis palavras proferidas a meu respeito pelo Desembargador-Presidente Dr. Ricardo Paes Barreto e pelo Desembargador Dr. Janduhy Finizola.

Ao Dr. Ricardo os meus mais sinceros agradecimentos pela forma cordial e acolhedora pela qual me recebeu nesta Corte desde o primeiro contato.

V. Exa. sabe que a primeira imagem é a que fica, sendo certo que, em meu espírito, firmou-se a convicção de que V. Exa. é um bom anfitrião.

Já ao Desembargador Janduhy, laços mais antigos nos unem, uma vez que fomos contemporâneos e colegas no Curso de Direito da UNICAP. Confesso-me admirador do seu jeito simples, cordato e educado de ser, tanto como magistrado como ser humano, traços estes que indubitavelmente lhes foram legados por seu pai, Dr. Janduhy Finizola, renomado médico e talentosíssimo compositor, autor de clássicos do cancioneiro nordestino, tais como a Missa do Vaqueiro, Cavalinho Crioulo, Ana Maria entre tantas outras, muitas delas imortalizadas na voz de Luiz Gonzaga, a quem, na condição de nordestino e natural admirador, presto homenagens neste ano de celebração de seu centenário.

A V. Exa. amigo Desembargador Janduhy, meus agradecimentos pela generosidade de suas palavras!

Além do natural sentimento de alegria que povoa meu espírito, notadamente quando me vejo cercado de tantos amigos, penso que a posse neste colegiado me investe de enorme responsabilidade.

Carrego nos ombros a natural responsabilidade de haver sido nomeado pela Presidenta da República, a partir de uma lista tríplice onde constavam os nomes dos renomados advogados André Luiz Caúla Reis e Ricardo do Nascimento Correia de Carvalho.

Ao primeiro, unem-me laços de amizade e de imenso bem querer, sendo que Dr. André, além de brilhante advogado criminalista, é de todos conhecidos pelo seu jeito afável e cordato de ser, cultivador de amigos, gozando do privilégio intelectual de ser filho dos ilustres e cultos Desembargadores Aquino Farias Reis e Helena Caúla, além

de ser irmão do grande advogado trabalhista e Procurador do Estado Dr. César Caúla Reis.

Já Dr. Ricardo Correia, que brilhantemente ocupou assento nesta Corte, ligam-nos, de forma inquebrantável, verdadeiros laços de irmandade, uma vez que o conheço desde os idos de 1975, nas bancas primárias do Colégio São Luiz.

Diferentemente do que acontece em alguns casos, o passar dos anos conspirou para nos aproximar ainda mais. Considero Ricardo Correia como um irmão. Homem de bem, bom marido, bom pai de família, leal e fiel amigo, é uma das melhores figuras humanas que a vida me apresentou. Sou igualmente amigo de seus irmãos e de toda sua família, e tenho seu pai, nosso querido Dr. Joaquim Correia, como paradigma de advogado.

Vê-se, portanto, senhoras e senhores, o tamanho da minha responsabilidade.

Também sei do desafio que tenho em ocupar uma vaga que decorre do término do mandato do Dr. Stênio Neiva, com justo mérito alçado ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. S. Excia., de cuja amizade desfruto há mais de 03 décadas, além de seus inquestionáveis conhecimentos jurídicos, possui característica notável da fidalguia, de lanhez e da lealdade, sendo portador do invejável dom de fazer e cultivar a amizade.

Lembrem-se, ainda, que é grande a responsabilidade de ocupar cadeira que além do Dr. Stênio, igualmente já foi ocupada pelos Drs. José Henrique Wanderley, Euclides Martins, Célio Avelino, José Joaquim de Almeida, Ademar Rigueira, João Campos, dentre outros, que, oriundos da advocacia, na chamada classe jurista, concorreram para elevar o conceito de que goza esta Corte junto à comunidade jurídica e à sociedade em geral.

Por fim, e em especial, dever ser registrada a brilhante passagem que teve o Dr. Ronnie Duarte na composição do Pleno desta Corte. S. Excia., que ocupou a titularidade deste Colegiado desde novembro de 2011, teve sua atuação reconhecida de forma unânime pelos integrantes da Corte na sessão realizada na última sexta-feira, dia 09 de novembro.

Contudo, nenhuma surpresa causa o sucesso da passagem de Sua Excelência, tendo em vista que a dedicação e comprometimento são marcas inerentes ao atuar de Dr. Ronnie, sendo dessa forma que ele atua em suas demais atividades, tais como sua advocacia privada, na vida acadêmica e igualmente na revolucionária direção da Escola Superior da Advocacia da OAB/PE, sendo o responsável por levar aos advogados do interior do Estado a oportunidade de participarem de inúmeros cursos de pós-graduação, a preços realmente acessíveis. Será um grande desafio substituir o substituto.

Por outro lado, além das razões pessoais expostas, outrasse somam para aumentar a responsabilidade de integrar este Tribunal nesta quadra da história política do Brasil. É que

assumo o cargo sob a plena vigência da Lei da Ficha Limpa, que gerou importantes transformações de paradigmas no sistema político-eleitoral brasileiro. Fruto da mais legítima e democrática iniciativa da sociedade, que apontou o caminho da ética e da probidade a ser compulsoriamente trilhado por aqueles que almejam representar o povo brasileiro, a Lei da Ficha Limpa já provocou inúmeros casos de indeferimento de registro de candidatura no âmbito desta Casa, fato este que demonstra que a conduta ímproba deve ser - e já está sendo - enfrentada de forma dura pelo Poder Judiciário, a quem cabe emprestar plena eficácia aos anseios éticos e legais da sociedade.

Este norte, aliás, decorrente do sentimento popular, mostra-se igualmente evidente quando observamos o resultado do julgamento do mais notório caso criminal envolvendo pessoas públicas que vem sendo enfrentado pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

Diga-se, ainda, que é dever do Poder Judiciário zelar pela prevalência da vontade livre e soberana manifestada nas urnas, garantindo aos candidatos e à própria sociedade a realização de um processo eleitoral justo, limpo e igualitário.

Abro aqui uma parêntesis, para imaginar as angústias que tomaram conta do espírito do meu pai, aqui presente, quando teve dez anos de sua vida política cassados por um ato arbitrário do regime de exceção, sem possibilidade de controle judicial, face a inexistência de um Poder Judiciário forte e independente, simplesmente por ter manifestado como deputado estadual líder da bancada de oposição, o seu voto contrário e seu repúdio a iminente cassação do mandato do então governador Miguel Arraes, ou seja, simplesmente por ter defendido a soberania do voto popular e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito

Trago a esta Casa uma experiência na advocacia que exerço há mais de 19 anos, a maior parte dela comprometida com a defesa do interesse público. Fui Procurador da SUDENE por cerca de 1 ano e meio, e há mais de 17 anos exerço o cargo de Procurador do Estado de Pernambuco.

Vem comigo minhas convicções pessoais e minha pauta de valores. Coloco-as a serviço desta Corte, oferecendo aos seus cultos integrantes a experiência acumulada como advogado público, tendo a humildade de saber que o convívio com V.Exas. representará, para mim, imenso e valioso aprendizado.

Por fim, peço licença e a compreensão a V. Exa, Sr. Presidente, e a todos os presentes, para registrar agradecimentos que se fazem indispensáveis.

Primeiro a Deus, pois sem Ele nada seríamos.

Socorro-me aqui das palavras do Desembargador Stênio Neiva, que parafraseou o Padre Edwaldo Gomes, da Igreja de Casa Forte, e que foram proferidas quando de sua posse no Tribunal de Justiça de Pernambuco: Deus não escolhe os preparados, prepara os escolhidos. Rogo que

assim o seja.

Segundo, agradeço a meus pais Sílvio Pessoa e Teresa pelos valores de honradez, honestidade, humildade, humanidade e simplicidade que ensinaram e transmitiram a mim e a meus irmãos Sílvio, Marcos e Raquel. Tenham certeza de que estes valores estão arraigados em nossas almas e, todos os dias, norteiam nossos passos. Esses princípios pautarão toda a minha vida e as decisões que aqui tomarei.

Aos meus irmãos, cunhados, sobrinhos e demais familiares, o meu obrigado. Dizem que família a gente não escolhe, mas vejo que Deus fez bem a sua parte em fazer estas escolhas por mim.

As meus sogros Douglas e Roselene, meu agradecimento pelo carinho da convivência ao longo de todo este tempo. Vocês são meus segundos pais e são para mim exemplos de amor, cumplicidade e honradez.

A todos os meus amigos aqui presentes, alguns que inclusive me acompanham desde minha infância e adolescência, minha alegria por vocês existirem e por estarem aqui. Minha personalidade foi - e é - forjada pela convivência com cada um de vocês.

Obrigado, ainda, aos advogados que aqui se encontram, vou me esforçar bastante para bem representar a nossa categoria.

Aos colegas de escritório e de Procuradoria do Estado, advogados e servidores, o meu obrigado pela diuturna e feliz convivência, devendo ser registrado que sou muito feliz por poder sair de casa todos os dias para trabalhar e dividir o dia junto com vocês.

Também, não poderia deixar de registrar o agradecimento à atenção que me foram dispensados pelos servidores deste TRE, com quem mantive contato na minha chegada, o que faço na pessoa do meu amigo Capitão Ricardo, da Dra. Bernadette Lyra, Secretária da Presidência e do Dr. Zauby Ferreira, Chefe do Cerimonial.

Por fim, e em especial, meu agradecimento a minha esposa Madeleine, com quem divido meu caminhar há quase 24 anos, e com que estou casado há mais de 14.

Madeleine tem sido parceira, amiga, testemunha e participe em tudo que a vida tem me proporcionado. Sem ela, provavelmente eu não estaria aqui hoje, pois sempre me incentivou e me deu força nos desafios a que me pus a enfrentar. Nela sempre encontrei sensatez, comedimento, amizade, racionalidade e amor, qualidades estas que me ajudaram a encontrar a melhor forma de superar os desafios que a vida traz. A você o meu amor e meu muito obrigado. Obrigado por existir na minha vida. Vamos em frente. A vida há de sempre trazer coisas boas para a gente.

A todos, a minha gratidão.

Que Deus nos ilumine! Muito obrigado! **Frederico Carvalho**

# Pós-graduação da OAB/ESA-PE na Joaquim Nabuco.

- *Direito Penal e Processo Penal*
- *Direito Civil e Processo Civil*
- *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho*
- *Direito Processual: Civil, Constitucional, Penal e Trabalhista*
- *Direito do Trabalho e Previdenciário*

## **Investimento\*:**

**R\$ 180,00 (matrícula) + 18 parcelas de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais).**

\*Valores referentes a matrículas realizadas até o dia 31/01/2013.

## **Inscrições e Informações**

**(81) 3224.7282 | 3224.2425**

R. do Imperador, 307,

Ed. Armando Monteiro Filho,

1º andar, Santo Antônio, Recife/PE.



**ESA**



LIBERTAS ET VERITAS  
**FACULDADE  
JOAQUIM  
NABUCO**  
A educação superior ao seu alcance  
RECIFE - PAULISTA

Grupo Ser Educacional



Gente criando o futuro

