

ISSN 1983-8662

# **Revista do CEJ**

**Centro de Estudos Judiciários  
Tribunal de Justiça de Pernambuco**

---

Ano VI – n. 4 – abril 2013



Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano  
Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Ala Norte  
Joana Bezerra, Recife-PE  
[www.tjpe.jus.br/cej](http://www.tjpe.jus.br/cej)

## Ficha técnica

**Título:** Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários

**Editora:** Tribunal de Justiça de Pernambuco

**Impressão:** CCS Gráfica e Editora

**Ano:** VI

**N. de edição:** 4

**4ª edição:** 1.000 exemplares

**ISSN:** 1983-8662

Revista do CEJ. Tribunal de Justiça de Pernambuco / Centro de Estudos Judiciários. (Ano VI, n.4, 2013) – Recife: O Tribunal, 2013.

Ano VI, n.4. Abr. 2013

246p.

Semestral

ISSN 1983-8662

1. Direito - Periódico 2. Centro de Estudos Judiciários. I. Título.

CDD 341.4197



**Centro de Estudos Judiciários do  
Tribunal de Justiça de Pernambuco**

**DIRETORIA DO CEJ**

Biênio 2012/2014

**Desembargador Jones Figueirêdo Alves**

Diretor

**Juiz Eduardo Guilliod Maranhão**

Vice-Diretor

**Juiz José Alberto de Barros Freitas Filho**

Coordenador de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento

**Juiz Sílvio Romero Beltrão**

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

**Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz**

Coordenadora de Divulgação Científica e Cultural

**Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello**

Coordenadora de Projetos e Pesquisas

**Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula**

Coordenadora de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e Cultural



## **Comissão editorial**

### **Presidente**

Doutor Alexandre Freire Pimentel

### **Membros**

Doutor André Vicente Pires Rosa

Doutor Ivo Dantas

Doutor João Maurício Adeodato

Doutor Nelson Saldanha

Doutor Peter Eisenbarth

### **Equipe técnica**

Gerlany Lima da Silva

Luciana Sousa de Siqueira Campos

Maria Ângela Diletieri Figueira

Maria de Lourdes Rosa Soares Campos

## Sumário

### **Apresentação**

Jones Figueirêdo Alves ..... 7

### **Discurso de Jones Figueirêdo Alves em saudação à Mesa Diretora do TJPE biênio 2012/2013**

Jones Figueirêdo Alves ..... 9

### **Discurso de Jovaldo Nunes Gomes na solenidade de posse como Presidente do TJPE**

Jovaldo Nunes Gomes..... 18

### **Discurso de Frederico Ricardo de Almeida Neves na solenidade de posse como Corregedor Geral da Justiça do TJPE**

Frederico Ricardo de Almeida Neves ..... 25

### **A filiação e os aspectos do registro civil**

Andréa Carla Albuquerque Andrade de Oliveira ..... 34

### **Da desnecessidade do juiz revisor no processo civil**

Antônio Fernando Araújo Martins ..... 60

### **Uma tentativa de estimular a cultura do acordo**

Frederico Ricardo de Almeida Neves ..... 75

### **A inexigibilidade de intimação do devedor para a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC**

Isaias Andrade Lins Neto ..... 78

**Dívida de cônjuges: diálogo processual com o direito civil.  
Primeiras reflexões**

Jones Figueirêdo Alves ..... 100

**Parecer: nova vaga criada, em aumento de composição  
de Tribunal de Justiça, tornando ímpar a participação do  
quinto constitucional. Critério objetivo de definição da  
instituição ao provimento da vaga**

Jones Figueirêdo Alves ..... 130

**O problema do conteúdo do direito natural: primeiras  
impressões**

Jorge Américo Pereira de Lira ..... 149

**O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a  
dignidade da pessoa**

José de Oliveira Ascensão..... 178

**Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição  
jurídica ocidental à luz do teorema baliñiano global do  
direito**

Rafael Cavalcanti Lemos .....201

**Considerações sobre os meios de comunicação, os recursos  
e a execução no procedimento do mandado de segurança  
instituído pela Lei n. 12.016/09 (artigos 13 e 14)**

Ricardo de Oliveira Paes Barreto..... 231

## Apresentação

O Centro de Estudos Judiciários lança agora a Revista do CEJ, na sua quarta edição, trazendo além de artigos jurídicos da autoria de magistrados e outros convidados, os discursos de posse da atual Mesa Diretora (biênio 2012/2013).

A Revista do CEJ, cumprindo o fim a que se propõe, aborda assuntos relevantes e de interesse de todos os operadores do Direito, a saber:

- (i) a filiação e os aspectos do registro civil;
  - (ii) da desnecessidade do juiz revisor no processo civil
  - (iii) uma tentativa de estimular a cultura do acordo;
  - (iv) a inexigibilidade de intimação do devedor para a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC;
  - (v) dívida de cônjuges: diálogo processual com o direito civil. Primeiras reflexões;
  - (vi) parecer: nova vaga criada, em aumento de composição de Tribunal de Justiça, tornando ímpar a participação do quinto constitucional. Critério objetivo de definição da instituição ao provimento da vaga;
  - (vii) o problema do conteúdo do direito natural: primeiras impressões;
  - (viii) o “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa;
  - (ix) inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do teorema baliñiano global do direito;
  - (x) considerações sobre os meios de comunicação, os recursos e a execução no procedimento do mandado de segurança instituído pela Lei n. 12.016/09 (artigos 13 e 14).
- As matérias insertas nos trabalhos referidos são contributos da mais alta relevância para a comunidade jurídica

em geral e para a magistratura pernambucana, comprometida com uma prestação jurisdicional rápida, justa e eficaz à sociedade que clama por uma boa justiça.

Desembargador Jones Figueirêdo Alves  
Diretor do CEJ

## **Discurso de Jones Figueirêdo Alves<sup>1</sup> em saudação à Mesa Diretora do TJPE biênio 2012/2013**

### **Uma justiça afirmativa de futuro<sup>2</sup>**

No momento em que os novos dirigentes assumem os destinos do Judiciário estadual, escolhidos ao biênio 2012/2013, e consabido que o ritual solene institucional faz o protocolo de passagem, cumpre-nos a elevada honra de, em nome deste Tribunal de Justiça e da magistratura pernambucana, dirigir-lhes a palavra. Palavra que celebra história, densifica júbilo, congrega sentimentos. Sobretudo, convicções do mérito de honra que notáveis membros da Corte recebem de seus pares ao serem sufragados à qualificação substancial de gestores maiores da Justiça, enquanto instituição de Poder e assumem as suas tarefas, em admissão missionária do serviço confiado. É sempre assim, uma ordem prática de inexorável tempo encerra um biênio (extremamente profícuo), outro lhe segue, os mesmos cargos diretivos ganham novos titulares, as expectativas se renovam e cada um, a seu turno, sobrepõe o bom desempenho, com os acréscimos de sua obra, nas mesmas diretrizes de uma justiça afirmativa. Aperfeiçoa-se a esse novo tempo, a convicção de que a justiça envolve

---

<sup>1</sup> Jones Figueirêdo Alves é Desembargador decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco e atual diretor do CEJ.

<sup>2</sup> Discurso de saudação à nova mesa diretora proferido em nome da Corte de Justiça Estadual, em sessão solene do Tribunal Pleno, realizada em 09.02.2012.

virtude e escolha, significando aumento de responsabilidades ao privilégio dirigente de dar sequência transformadora a um Poder em sucessivas melhorias, consolidar êxitos e interagir novos fazeres.

Saibam Vossas Excelências que o Tribunal está melhor, a justiça está melhor, muito além do amplo visível, muito além do possível esperado, quando identificados problemas, depurados erros, corrigidos desacertos e rumos, superados foram, em definitivo, os dogmas de modelos precários ou improvisados. Resultaram exigidos, antes de mais, o compromisso absoluto de cada um com o verdadeiro interesse público, segundo o qual as pessoas haverão de render-se, sempre, aos sacrossantos deveres da instituição com os serviços de uma boa justiça; e a consciência crítica do poder fazer melhor e com maior precisão. Nessa verdade estabelecida, o Ex-presidente Desembargador José Fernandes de Lemos (2010/2011) empreendeu a cruzada intemorata das convicções de fé que nos conduzem à assertiva de que os tempos são outros, os tempos são novos. Sua gestão plasmou-se com austeridade, controle e credibilidade de um Judiciário mais comprometido com a sua própria identidade institucional, em prestígio da sociedade a que deve servir e tem servido com inegável capacidade de superação. São estes tempos aguerridos, dotados de força moral, de resultados eficientes, de um Tribunal de Justiça irreversível e de esforços heróicos de seus juízes que agora vos recebem; colocado o altar da justiça no seu devido lugar. Tempos translúcidos e confiantes, de um Poder que se desvenda e dialoga com a sociedade. Em bom rigor, não existe crise do Judiciário ou crise nele instaurada. A crise repousa, sim, na falta de bom senso de alguns que debitam a uma instituição inteiriça os malfeitos de raros, e as omissões de outros poucos, como se o país lograsse democracia com um Judiciário desacreditado

ou impotente perante aqueles que, em fortuna de malícias, o preferem ineficaz para não alcançá-los nas diatribes de locupletamentos ou na voracidade dos desmandos. E assim o fazendo, debilitam a instituição, descurando a sua credibilidade e operosidade que servem de garantias constitucionais destinada a qualquer cidadão de bem e ao bem da sociedade.

A quem interessa, portanto, um Judiciário vulnerável ou juízes submetidos às idiossincrasias de interesses obscuros de poderes subterrâneos ou a disputas internas?

A toda evidência, os juízes deste país, cômicos de sua missão, estiveram perplexos diante de embates ociosos ou de polêmicas desmesuradas, quando a grande discussão a se exigir e a mais crível de ser travada pertine, apenas e tão somente, à institucionalidade do próprio Poder no que lhe diz respeito ser eficiente e ágil, aprimorado na sua atuação judicante. Um sistema capaz de responder de forma adequada à missão constitucional de distribuição de justiça, ante as crescentes demandas, uma maior consciência de cidadania e de direitos e as garantias de acesso funcional a essa provocação jurisdicional. A tanto bastam-lhe os recursos adequados, infraestrutura material e de pessoal compatíveis, uma legislação avançada sem os rituais de cumplicidade formal com os recalcitrantes da ordem jurídica, efetivando-se, às expensas, a política constitucional da Emenda n. 45, de 2004. Uma reforma judiciária que, ao fim e ao cabo de sete anos, ainda não obteve cumprir, rigorosamente, o princípio da razoável duração do processo. Este o bom combate, em ordem, inclusive, de o contributo do Conselho Nacional de Justiça, de ímpar relevância, vir significá-lo irmanado na gestão compartilhada dos grandes temas e avanços do Judiciário.

Um Conselho capaz, sobretudo, de enfrentar os impasses da falta de autossuficiência de tecnologia de informação dos tribunais e se apresentar como o maior gestor da eficiência do Judiciário. É neste cenário de desafios que bem sabemos o quanto cada um de vós representa para a instituição judiciária, tamanha a magnitude da história pessoal que os apresenta perante esta Casa e perante todos. São as credenciais de biografia, de atitudes da toga e de cidadão, as digitais colocadas no pergaminho da vida, que vos outorgam a maior autoridade. Em substância estão aptos às novas e nobres missões. Aptos em abertura de espíritos devotados. Mais que suficientes, por desígnio, resolutos na iniludível vocação de praticar justiça. Para além disso, pela vez primeira, a Mesa Diretora do Tribunal é formada por desembargadores da Corte nela ingressos já no novo século, mais precisamente, em março de 2001 (Desembargador Jovaldo Nunes) e em abril 2002 (Desembargadores Fernando Eduardo e Frederico Neves). Tal fato assume, em si mesmo, uma forte simbologia, como pressuposto de invocação de futuro.

Vislumbra-se, em certeza categórica de imperativo kantiano, uma Mesa Diretiva una, uníssona na sua trindade perfeita e dialogada, com a causalidade que construirá novos significados e sentido de modernidade às proposições de trabalho em gestão de justiça.

Na visão de ideias fecundas, de gestão estratégica e planejada, esta nova Mesa desenvolverá, indubitavelmente, uma justiça de ontologia contingente, situada na totalidade das aspirações sociais que a reconhecem como a maior expressão de valor. Valor que a sociedade identifica como a exata conformidade dos dinamismos da Justiça com seus próprios fins. Há um halo brilhante de confiança que aqui, em representação, se renova, no ritmo inexorável de uma Justiça sempre à mercê

de desafios de uma sociedade conflituosa e criminogênica, mas, a um só tempo, solidária e sensível na busca de seus direitos. A reclamar um *jus dicere* a seu amparo, no tempo de medida certa. Uma sociedade capaz de acreditar sempre, a cada demanda, na presteza dos julgados. Segue-se entender, daí, que a crença de uma justiça de homens justos é, sobretudo, saber que o que é compatível a ela não significa os interesses de cada um, segundo princípios de justiça que lhes sejam mais pessoais ou convenientes. A reivindicação de justiça não é simplista ou exauriente, no código das convenções. Justiça é fazer a coisa certa, conforme os provocativos dilemas de Michael Sandel (o mais instigante professor de Harvard e filósofo de sua geração) e não situar teorias de moralidade baseadas em ideias utilitaristas. Os que a fazem, como homens e instituição, a escolhem, portanto, com a dignidade de viabilizá-la segundo o interesse social e o benefício de todos. Eis o manto da justiça com o talho da sociedade. Virtude cívica e bem comum servem juntos à liturgia deste momento e à vigília desse novo tempo. É, pois, com a toga tecida de humanidade, e com o conteúdo de vida judicante experiente e refletida, tornando-a mais leve e diáfana, que agora vos é reservado, eminentes Desembargadores Jovaldo Nunes, Fernando Eduardo e Frederico Neves, a regência eficiente do presente e a instigação abreviada do futuro do Judiciário, em percepção de uma efetividade ótima. Bem é dizer, portanto, em uma visão aristotélica – com lógica e silogismo, em sua *Ética a Nicômaco* – que

[...] nós observamos que todos os homens entendem chamar justiça essa espécie de disposição que torna os homens aptos a executar as ações justas e que os faz agir justamente e querer as coisas justas (V.1, 112a6).

Igualmente é certo, como refletiu Platão, que conhecimento e justiça são inseparáveis, e esta, em sua maior latitude, deve se constituir na verdade em ação.

Em ser assim, para a melhor justiça sempre serão necessários homens melhores, homens sábios, e verdades sempre presentes. Exatamente isso: homens humanistas, que se concretizam sólidos e inteiros em suas virtudes. E como o bem se explica na personalidade equilibrada de quem reúne, sem qualquer temor, emoção e coragem conjugadas em favor da razão, vós sois as pessoas que, no curso de suas retilíneas condutas, em equilíbrio harmonioso consigo, revelam o bem humano. O bem que cada um deve ter em si como integridade do caráter. E se os teóricos modernos da virtude a encontram como questões pessoais onde os indivíduos são, eles mesmos, responsáveis por seu caráter, há de se dizer que o potencial humano de justiça avocam as noções de bem e de virtude em substância que transcendam a nossa limitada condição humana. Caríssimo Desembargador Jovaldo Nunes: a Paraíba ensinou e confirmou com Epiácio Pessoa, jurista, político, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Juiz da Corte Internacional de Justiça e Presidente do país (1919-1922), único brasileiro a ocupar a presidência dos três poderes da República, e com o saudoso Ministro Djaci Falcão, do STF – que também presidiu a nossa Corte e aqui empreendeu uma judicatura histórica – a grandeza de seus homens. Agora, em Vossa Excelência ela se repete característica no seu destino triunfante.

Desde o antigo distrito de Várzea da Ema, a povoação nativa, às margens do Rio dos Porcos, no sertão do Vale do Piancó, ao universo mais amplo das geografias reeditadas com a vinda ao Recife, aos dezesseis anos, a Paraíba de seu berço de origens vos contempla, nas muitas paisagens memorialistas de vida, testemunhando sua jornada

vitoriosa. Lado outro, há que assistir as cenas dignas do memorialismo regional de José Lins do Rego – paraibano do Pilar, criador do novo romance brasileiro – onde se reconhece no capitão Vitorino, o quixotesco sertanejo que em coragem moral aceita todas as lutas e por notável idealismo empreende a luta pelos fracos e pela verdadeira justiça, não a do imaginado moinho de ventos. Importava naquele personagem estóico a sua “liberdade de agir e de falar, conforme o que é justo e melhor para o homem” e, nesse contexto, “havendo por certo um ganho em grandeza humana”. Filho de serventuário de Justiça, o saudoso Antonio Nunes, e de Estela Gomes, e também servidor de justiça, na acepção mais acendrada e vertical, como serventuário por quinze anos, entre 1967 e 1982, e magistrado há trinta anos, o Desembargador Jovaldo Nunes é também um personagem do idealismo. Fundado na largueza de espírito liberto à capacidade de dialogar os mesmos sonhos, com toda a magistratura que nele deposita o ideário comum. É homem que sabe ser firme nas decisões, com leveza de alma. Homem que se fez a si mesmo, *self-made man*; compreensivo na clareza persuasiva, oferece à toga a universalidade de validade das razões humanas do próprio direito. Na Presidência deste Tribunal, a Corte e todo o Poder Judiciário estarão sob o incentivo indutor de Vossa Excelência, conjugando forças para uma resposta plena de justiça feita. Afinal, em elegia conforme o poeta, também do Piancó, Ascendino Leite, a segura constatação:

“Sou tão sincero no que faço, que penso: Deus me segue...”. Deus o segue, sim. E Deus o protegerá, sempre. Caríssimo Desembargador Fernando Eduardo: o quinto constitucional, pela classe da advocacia, em vossa pessoa, resulta plenamente justificado, quando o seu labor judicante, no esmero mais eloquente possível da proficiência, melhor o legitima.

Em menos palavras, a magistratura pressupõe juízes de seu talento, a ensinar que o direito posto resulta de uma aplicação correta do caso julgado, na minúcia dos autos bem lidos e interpretados. De conhecimento científico mais rigoroso, técnica e ânimo por justiça, Vossa Excelência é o oitavo membro oriundo da OAB a ter assento nesta Corte, desde a Constituição de 1934, a partir de Orlando Aguiar, na cadeira do sempre lembrado Antônio de Brito Alves e então sucedendo a Arthur Pio dos Santos. Sua chegada trouxe consigo a legitimidade de uma eleição direta da classe, por ela sufragado como o mais votado desde então, após uma vitoriosa carreira de trinta anos de advocacia empresarial. Também filho de servidores públicos, de poucas posses, sobremaneira virtuosos e devotados, Vossa Excelência, com eles aprendeu a ética de uma vida digna, traçando o paradigma existencial. Esteta da palavra, bem o sabe que os princípios da justiça se orientam nesse paradigma, a observar as implicações dos acertos, em luminosidade do exemplo paternal. É nessa perspectiva centrada com inspiração dominante de uma instituição perfeitamente justa que a sua justiça ilumina esta Casa. Na Vice-Presidência, com particular sapiência, seu esmerado apuro jurídico ensinará grandes lições de direito. Caríssimo Desembargador Frederico Neves: “O verdadeiro é o todo”, escreveu Hegel no prefácio à sua fenomenologia do espírito. Por essa metafísica de compreensão, onde o direito é, a um só tempo, realidade social e princípio normativo e como tal a exigir colmatar o espaço abissal entre o ser e o dever-ser, de uma teoria pura do direito liberta de ingredientes factuais, Vossa Excelência tem contribuído, com notável sensibilidade, para aproximar o direito à sua dimensão objetivada de vida, como sentimento palpitante de realidade. Mais que isso, como jurista moderno, tem na

processualística civil dimensionado o direito à medida de sua concretude substancial.

Operador de percuciente presença na doutrina nacional e na jurisdição mais avançada. Eminente processualista, presidindo a Comissão da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), formada para colaborar com a preparação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Vossa Excelência tem colocado sua valiosa doutrina e experiência judicante a serviço de uma mais qualificada eficiência da jurisdição através do processo que, em verdade, serve à realização do direito e não constitui um fim em si mesmo. Magistrado com vinte e seis anos de judicatura, tendo dirigido-a exemplo dos Desembargador Jovaldo Nunes e José Fernandes – a Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e professor de escol, emprestará à Corregedoria Geral da Justiça uma nova feição correccional. Uma atuação correccional ministerial em prestígio da orientação jurídica capaz de redefinir a relevância do processo judicial mais seguro e eficaz, como instrumento de presteza de justiça. Estamos bem certos que o todo hegeliano, em verdade dialética dos novos destinos da Justiça, completa-se com o trabalho que Vossa Excelência dedicará na Mesa Diretora e, por identidade de razões, será a integração desse todo, que permitirá os mais importantes e significativos avanços de nossa Justiça. Enfim, é mais um tempo de travessia. Deus, com exatidão evangélica, por solicitude e intercessão, faz erguer mais uma ponte inteira. Entre a instituição e os novos dirigentes do Judiciário de Pernambuco, e entre estes e a feliz ventura institucional de aprimorarmos todos juntos uma justiça afirmativa de futuro.

Deus guarneça o êxito na missão de cada um de vós!

## **Discurso de posse de Jovaldo Nunes Gomes<sup>3</sup> como Presidente do TJPE**

Diariamente, ao chegar neste Palácio da Justiça, entro na capela que fica no pavimento térreo e agradeço a Deus pelo muito que ele me tem dado. Primeiro, pela família que ele me deu: meus pais, já falecidos, pelo exemplo de vida que legaram a mim e aos meus irmãos; segundo, pela família que o Senhor permitiu que eu constituísse: minha esposa Darci e meus filhos Dayse, Jovaldo Júnior e Anne, além de meu genro e minha nora, Sandro e Leila. Com eles, divido a alegria deste momento, na certeza de poder contar com a ajuda e o apoio de todos nesta nova missão. Então, no final das minhas breves orações, naquela pequena capela, digo: Senhor, não tenho o direito de te pedir mais nada; já me deste tudo. O meu dever, de agora em diante, é de apenas te agradecer todos os dias que restarem da minha vida.

No ano de 1964, cheguei aqui, na capital pernambucana, vindo de minha queridíssima Emas, Sertão paraibano. Recife me recebeu de braços abertos. Em Olinda, onde resido há mais de 30 anos, fui serventuário de justiça durante 17 anos. Em outubro de 1982 ingressei na magistratura. Percorri todo o interior do Estado como juiz e como corregedor auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça.

Em 21 de março de 2001, tomei assento nesta Corte como Desembargador, adotando-a como o meu segundo lar, procurando sempre preservar e honrar a sua

---

<sup>3</sup> Jovaldo Nunes Gomes é Presidente do TJPE. Foi diretor da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco (Esmape) no biênio 2002/2003.

tradição e os seus valores éticos. Com esses predicativos não transijo e nem transigirei; eles fazem parte do meu patrimônio moral, legado que herdei dos meus pais e que haverei de deixar para os meus descendentes e demais familiares.

Na condição de Presidente, cargo que acabei de assumir, procurarei me desdobrar para cumprir bem a missão que Deus e os meus pares me confiaram. A estes, meus respeitosos e profundos agradecimentos. Assumo a missão com vontade enorme de acertar. Procurarei, com o meu perfil e modo de agir, dar continuidade à administração exitosa do meu antecessor, Desembargador José Fernandes de Lemos, o qual dignificou a Presidência deste Tribunal, do início até o fim de sua gestão.

Estou ciente das dificuldades que todos nós – magistrados e servidores – teremos de enfrentar: carência de pessoal, escassez de recursos, volume excessivo de processos etc. Tudo isso termina na conhecida e tão criticada morosidade na prestação jurisdicional.

Minhas Senhoras e meus Senhores, tenho certeza de que, nesta nova missão, neste novo caminho a percorrer, contarei com a ajuda, com a colaboração e com a compreensão de todos os que fazem o Poder Judiciário de Pernambuco: servidores, advogados, integrantes do Ministério Público, defensores públicos e colegas magistrados do primeiro e do segundo graus.

Resquícios do passado refletem-se ainda hoje no Poder Judiciário brasileiro, como exemplo a falta de comunicação com a população, com o público externo.

Em pesquisa recentemente realizada a mando desta Corte, constatou-se que o Poder Judiciário se comunica muito mal com o público externo. Isto é verdade; porém, já foi pior.

Geralmente, só são divulgadas nos meios de comunicação as nossas falhas e as nossas deficiências. Não se leva ao conhecimento do povo o nosso trabalho, o grande volume de processos que são distribuídos mensalmente e a estrutura da nossa instituição.

Comentando essa mesma pesquisa, o Desembargador José Fernandes, cuja Presidência acabou há poucos dias, destacou: “A pesquisa colhe informações relevantes quanto à percepção e ao sentimento da imprensa e de lideranças que diretamente lidam com o Judiciário...” e acrescentou:

Revelou-se, destarte, que a imensa maioria dos nossos juízes trabalha, e trabalha muito. Raros são os magistrados que não superam uma jornada de trabalho de 10 a 12 horas diariamente. Ao expediente público soma-se o expediente reservado, no recanto da sua residência [...].

Esta é uma das realidades que não são conhecidas da população, em razão de que não é divulgada ou quando o é, é mal feita. Do número total, que já é pequeno, temos hoje, no Estado, cerca de 160 cargos vagos de juiz. O Sertão está praticamente deserto de juiz e de servidor. Há magistrado acumulando duas e até três varas ou comarcas na Região Metropolitana e no Interior. Os entraves burocráticos para realização de concurso são grandes. Basta dizer que ainda hoje este Tribunal julga processo resultante de um concurso para juiz realizado há quase dez anos.

Apesar deste quadro, senhores, no dia 1º do corrente mês e ano, na abertura dos trabalhos do ano Judiciário, o Ministro Cesar Peluso, Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou que, a cada ano, o povo tem procurado mais o Poder Judiciário, o que se verifica pelo aumento do número de processos distribuídos. E,

acrescentou o Ministro: “É uma demonstração inequívoca de que o povo confia no Poder Judiciário”.

No entanto, Senhoras e Senhores, não devo invocar essas dificuldades como pretexto para desânimo e para nada fazer. Ao contrário, elas servem para elevar o meu espírito de luta e me encorajar a pedir, a cada colega e a cada servidor, um maior empenho no seu mister, com os instrumentos material e pessoal de que dispomos.

Não guardo a ilusão de que os atuais integrantes da Mesa Diretora, irão, num passe de mágica, resolver todas as deficiências que a Instituição tem. Mas tenho certeza de que os magistrados e servidores do Estado de Pernambuco estão conscientes do momento que estamos vivenciando e contribuirão, ainda mais, com esforço redobrado, para uma melhor prestação jurisdicional.

Vamos juntos, enfrentar o desafio. Dentro de nossas limitações, conclamo a todos a contribuir no sentido de minimizar os efeitos da criminalidade; a violência tem aumentado dia a dia; os bandidos apostam nas benesses da lei e na morosidade da justiça.

Dou o meu testemunho de que a grande maioria dos juízes e servidores tem compromisso com a justiça. E como costume dizer: eles vestem a camisa da Instituição a que pertencem. A demonstração do nosso esforço, do nosso trabalho e da nossa realidade são formas evidentes de nos comunicar com a população.

Como disse, a estrutura do Poder Judiciário registra carência de juiz e de servidor. Suprir essa falha de uma só vez é impossível. Temos limitações recursais.

No entanto, para minimizar, parcialmente, esse quadro, dois concursos públicos estão sendo ultimados, um para juiz e outro para servidor. Esperamos que em breve um terço dos cargos vagos seja preenchido.

Reafirmo o que constatou a pesquisa antes referida e o que declarou o Desembargador José Fernandes: a imensa maioria dos juízes e servidores trabalha e trabalha muito e se porta na função com dignidade. No entanto, não posso deixar de reconhecer, por outro lado, que alguns não têm, ou têm pouco compromisso com a instituição. Com relação a esses, o Tribunal de Justiça e a Corregedoria têm apurado esses desvios de comportamento e inaptidão ao trabalho e aplicado a pena correspondente. Exemplo claro dessa ação firme é de conhecimento de todos, inclusive porque divulgada nos meios de comunicação do Estado.

É certo, Senhores, que pessoas outras, por maldade ou por ignorância, tentam jogar a população contra o Judiciário. Tentam passar a ideia de que os juízes não trabalham, não querem ser fiscalizados e querem manter o corporativismo e outros predicativos que comprometem a Instituição.

Por outro lado, essas mesmas pessoas levam à praça pública a falsa ideia de que os juízes não querem a sobrevivência do Conselho Nacional de Justiça. Isso não é verdade; todos nós, magistrados, reconhecemos a importância do CNJ, como órgão do Poder Judiciário, que veio para ajudar, orientar, fiscalizar e punir, quando for necessário.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – tem nos acompanhado nesse mister, fiscalizando, colaborando e orientando. E, em razão da firme atuação do Tribunal e da Corregedoria – cujo trabalho continuará na gestão do Desembargador Frederico Neves – não me consta que tenha sido aplicada pelo CNJ qualquer punição a magistrado ou a servidor do nosso Estado.

É bom que esse órgão de fiscalização e controle aja. Para nós, não importa se em conjunto com as Corregedorias ou separadamente. O importante é que aja

com rigor. Nós, juízes pernambucanos, comprometidos com os deveres éticos, não tememos qualquer ação dos órgãos de fiscalização. Somos conscientes de nossas responsabilidades.

O CNJ deve ser duro com aqueles que não se portam com dignidade. A população pode e deve nos ajudar nessa tarefa, denunciando irregularidade e/ou desvio de comportamento de qualquer pessoa que faça parte do Judiciário.

Aos Senhores Servidores da Justiça, Minhas Senhoras e Meus Senhores, conforme disse inicialmente, sou filho de servidores públicos do Estado da Paraíba. Meus pais eram serventuários de justiça. Também fiz parte dessa classe durante 17 anos na Comarca de Olinda. Essa é minha origem, da qual me orgulho.

Pretendo manter com a classe um relacionamento cordial, respeitoso e sincero. Precisamos trabalhar juntos.

Na minha agenda não haverá espaço para radicalismo, principalmente quando estiver em jogo qualquer ação que possa prejudicar os jurisdicionados. Peço a todos que compreendam o momento que estamos vivendo. A sociedade espera muito de nós. Não exijam da Instituição mais do que ela pode oferecer.

Há muito tempo mantenho contato permanente com os colegas Fernando Ferreira e Frederico Neves. Entre nós existe uma amizade antiga e sólida que, agora, mais do que nunca, deve continuar. A gestão do Poder Judiciário de Pernambuco está entregue a nós três.

Procuraremos, dentro do espírito fraterno de amizade, conduzir bem os destinos da nossa justiça. Mas, Senhores, isso é pouco, precisamos diuturnamente da ajuda e da colaboração dos 39 integrantes desta Casa. Sem essa

ajuda, o nosso desejo de bem servir, de certa forma, pode ficar prejudicado.

Imprescindível, também, uma integração permanente com os demais poderes do Estado: o Executivo e Legislativo. Tenho certeza de que o Poder Judiciário contará com a compreensão dos mesmos.

Não menos importante e necessária é uma interlocução harmoniosa com os advogados, com os defensores públicos, com os representantes do Ministério Público e com todos aqueles que, de forma direta ou indireta, possam contribuir com a Instituição que, de agora em diante, passo a presidir.

Ao Desembargador Jones Figueirêdo, Ex-presidente e decano desta Casa, agradeço, de coração, as palavras por ele pronunciadas em nome da Corte, agradecimento esse que faço em meu nome e em nome dos Desembargadores Fernando Ferreira e Frederico Neves.

Agradeço a presença de todos e peço permissão para dar destaque, neste agradecimento, aos meus familiares, conterrâneos e colegas magistrados que vieram do vizinho Estado da Paraíba, nos honrar com as suas presenças.

Finalmente, Senhoras e Senhores, disse inicialmente que não tinha o direito de nada mais pedir ao Pai Celeste. Porém, vou quebrar a jura que fiz e fazer-Lhe mais um pedido: que Ele nos ilumine e nos dê, a mim e aos meus companheiros da Mesa Diretora, Desembargadores Fernando Ferreira e Frederico Neves, força, coragem e disposição para cumprirmos a missão que nos foi confiada.

Muito obrigado!

## **Discurso de posse de Frederico Ricardo de Almeida Neves<sup>4</sup> como Corregedor Geral da Justiça do TJPE**

Começo por agradecer a cada um dos eminentes Desembargadores pela confiança em mim depositada, quando sufragaram o meu nome, por unanimidade, para exercer o honrado cargo de Corregedor Geral da Justiça do Estado, no biênio 2012/2013. Saibam, Senhores Desembargadores, que tudo farei para não desmerecer este gesto – que me engrandece e me eleva para bem alto – que foi o de fazer incidir no mais modesto de seus pares a escolha para ser o porta-voz do Tribunal no gerenciamento das atividades atinentes à Corregedoria da Justiça. Se, de início, ressaltar, já me mostrava plenamente realizado, porque diferenciado – mercê de Deus – com a condição de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, sinto-me já agora ainda mais feliz e recompensado ao receber tão elevada incumbência dos meus estimados amigos e distintos pares.

Serei um representante do Tribunal de Justiça na Corregedoria Geral da Justiça, e saberei, com a proteção divina, corresponder às expectativas e à confiança que foram em mim depositadas.

---

<sup>4</sup> Frederico Ricardo de Almeida Neves é Desembargador do TJPE, foi eleito Corregedor Geral da Justiça do TJPE para o biênio 2012/2013; é Professor universitário, Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa; Ex-Diretor da ESMAPE e Ex-Diretor do CEJ/TJPE.

Confiança é um bem muito valioso. A fidelidade à confiança manifestada está no princípio de toda moral.

Estou certo de que, sem humildade, não há discurso sério, e é com este espírito que intentarei implantar a semente de uma atitude reflexiva, na esperança de que as breves observações que farei suscitem o diálogo intelectual e crítico entre magistrados e servidores do Poder Judiciário, e, a partir disso, possam contribuir, em alguma medida, para o aprimoramento dos serviços forenses.

Ninguém duvida que a Magistratura é uma carreira belíssima, mas o juiz, no caminho a trilhar, deve tomar os cuidados necessários para não entrar em desvios tortuosos, atraído por interesses escusos.

Esse caminho a ser percorrido pelo juiz, como já se afirmou em algum lugar, é feito, como todas as coisas humanas, “de sacrifícios e exaltações, amarguras e esperanças, desenganos e renovadas ilusões”.

O bom Magistrado deve ser moralmente forte e intelectualmente preparado. Firmeza de caráter, equilíbrio de temperamento, bom-senso, imparcialidade, prudência, humildade, atualização continuada, austeridade e compostura em todos os atos de sua vida pública e particular, são algumas das qualidades essenciais ao adequado desempenho da nobilíssima função exercida pelo intérprete-aplicador da norma.

Na luta pela realização da Justiça o juiz não pode esmorecer, nem se curvar a qualquer tipo de interesse ou a quem quer que seja. Precisa, muito pelo contrário, estar sempre vigilante na defesa intransigente dos direitos essenciais da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, sendo ainda certo que, no exercício da função jurisdicional, para além do exame jurídico das questões postas a deslinde, deve igualmente mirar os aspectos sociais, filosóficos e humanísticos que envolvem a causa, para fazer

a verdadeira e definitiva justiça. Haverá de ser independente, agindo com a civilidade que é das boas relações, sempre com cordialidade e lhanza, mas sem transigir com os direitos das partes litigantes.

O juiz deve estar perto do povo, e não, para usar uma expressão de Renato Nalini, “entronizado no altar das celebridades”.

Hoje, mais do que nunca, exigem-se sacrifícios ainda maiores dos juízes, para o enfrentamento de perigos constantes, notadamente daqueles resultantes de um anunciado enfraquecimento do Poder Judiciário, com a possível retirada de direitos e garantias constitucionais.

Todo e qualquer movimento que vise romper com predicamentos da Magistratura, mitigando a vitaliciedade e a independência do poder, deve ser guerreado não apenas pelos magistrados, mas por todos aqueles que integram o mundo jurídico e político nacional, na medida em que tal comportamento constitui uma afronta inocultável a uma garantia que é da própria sociedade brasileira. Pode alguém dizer que este é um problema que diz respeito apenas à Magistratura. Enganam-se quem pensar assim. Este, sem a menor sombra de dúvida, é um problema de grande relevância, que interessa a toda população, já que as garantias da Magistratura são, também e fundamentalmente, as garantias do cidadão. Urge que a classe jurídica nacional esteja atenta para não permitir o enfraquecimento político da instituição, com a conseqüente retirada de direitos e garantias constitucionais assegurados aos juízes brasileiros e, reflexamente, ao próprio cidadão.

Por outro lado, o Poder Judiciário precisa ser capaz de oferecer ao cidadão uma justiça que possa atender aos seus legítimos anseios. Não basta a tão alardeada rapidez; exige-se também uma boa margem de segurança. A progressiva valoração da celeridade processual não deve, em

bom rigor, levar a subalternizar, como por vezes entre nós se verifica, a necessária maturação e a qualidade da decisão judicial.

Para tanto, contudo, é preciso que se fortaleça o poder judiciário, dando-lhe melhores condições materiais e humanas para tornar efetiva a prestação jurisdicional, que o Estado chamou para si, retirando do cidadão a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos.

Muito tem sido feito neste Estado, haja vista a frutuosa administração do Desembargador José Fernandes de Lemos na Presidência do Tribunal, com a nomeação de mais de dois mil servidores e com a deflagração de concurso público de provas e títulos para o ingresso na Magistratura pernambucana, e da implantação do Processo Judicial Eletrônico, dentre outras medidas dignas de encômios.

Mas todos têm pleno conhecimento dos problemas enfrentados pela Nação. Eles não são pequenos, nem de fácil solução, e provocam reflexos de inegável gravidade no campo sócio econômico. Diante de tal quadro, surgem os menos avisados para atribuírem ao Judiciário, até de modo acrimonioso, toda a culpa pela impunidade, debitando-a, com exclusividade, à morosidade e à benevolência dos julgamentos emanados dos órgãos jurisdicionais. Sobreleva considerar, no entanto, que, na maior parte das vezes, as críticas que se fazem à Justiça não têm procedência. Decorrem, em meu sentir, de juízo apressado ou de ignorância a respeito do assunto.

É um lugar comum tecer críticas, fáceis aliás, ao comportamento de juízes.

Não há negar que o serviço judiciário aí está, sempre crescente, a desafiar novas medidas e soluções, mormente no que diz respeito ao aumento do número de juízes em ambos os graus de jurisdição, com a ampliação, igualmente, dos efetivos dos cartórios em funcionamento.

Tome-se boa nota para o fato de que o Tribunal está a realizar um novo concurso para técnico judiciário, analista, oficial de justiça e outros cargos. Mas não se deve descuidar das ainda inadequadas condições de trabalho e remuneração dos servidores.

É frequente a constatação de juízes assoberbados pela avalanche de processos. Os que briosos – e não são poucos – trabalham infatigavelmente, inclusive nos dias dedicados ao lazer e à família, ainda assim não conseguem vencer a terrível demanda.

De outra parte, não é demasiado enfatizar, o judiciário não pode suprir as deficiências das leis. Ele não as faz nem tem a disponibilidade dos meios. O nosso diploma processual civil não atende aos anseios da sociedade, sem embargo do esforço do Ministro Luiz Fux (STF) na elaboração do Projeto de Lei n. 166/2010, que visa simplificar a tramitação dos feitos, mas que ainda encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, não se sabe até quando.

Mesmo no tocante à morosidade das decisões - o cidadão pernambucano precisa tomar conhecimento disso -, as censuras nem sempre são justas, já que o Judiciário não é o senhor das normas de procedimento. Quanto às críticas lançadas aos eventuais defeitos dos homens que integram o Poder Judiciário, não se deve esquecer que, também elas, nem sempre são fundadas, pois o julgar importa contrariar pessoas e ferir interesses, e dificilmente quem foi derrotado na justiça admite o bom direito da parte vencedora e, em consequência, a boa atuação do órgão jurisdicional.

O julgador, portanto, está sempre a desagradar alguém.

Se, por vezes, verifica-se o cometimento de erros pelo homem juiz, estes devem ser apurados e implacavelmente corrigidos, como tem sido feito aqui em

Pernambuco, sobretudo a partir das profícuas gestões dos Desembargadores José Fernandes de Lemos e Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes à frente da CGJ, porque a garantia da sociedade moderna está “na transparência dos atos e na decência das mãos limpas”, conforme realçou Regis Fernandes de Oliveira em matéria intitulada *O juiz sem rosto*, publicada no Jornal *O Estado de São Paulo*, em 07 de julho de 1992.

Tenho sinceras dúvidas se conseguirei reunir todos os atributos indispensáveis à resolução dos grandiosos problemas que surgirão ao longo da caminhada que hoje se inicia. Estou, todavia, absolutamente convicto de que, com o apoio dos eminentes Desembargadores, juízes e servidores, não haverá dificuldade que não possa ser enfrentada e superada, na busca da sedimentação definitiva do prestígio da magistratura pernambucana.

Quero achar o terreno que irei perslustrar, como já afirmei em situações anteriores, “forte na união e não fraco na dispersão e no defrontar”. União com os Juízes, com os Desembargadores, com os serventuários, sempre visando atender aos anseios da sociedade que nos remunera por um serviço judicial que seja mais pronto, expedito e mais seguro.

É com esse espírito que procurarei estar alinhado com os demais integrantes da mesa diretora, designadamente com os Desembargadores Jovaldo Nunes Gomes e Fernando Ferreira, Presidente e Vice-presidente do Tribunal de Justiça, nomes com os quais mantenho, mercê de Deus, forte relação profissional e de amizade, sólida o suficiente para superar as agruras normais advenientes de uma longa e muitas vezes extenuante atuação colegiada, e manter-se inalterada ao longo do tempo.

Irei, outrossim, manter um contato direto e freqüente com cada um dos juízes e com o Presidente da

AMEPE, Doutor Emmanuel Bonfim, com os servidores do Poder Judiciário e com a Advocacia pernambucana, na pessoa do Doutor Henrique Mariano, sem esquecer do Ministério Público, da Defensoria Pública e das relações interinstitucionais.

Neste momento histórico, a Magistratura vem sendo atingida de forma contundente. São numerosas as reclamações contra o Judiciário. Nada que mostre uma feição inultrapassável, contudo. Mas há articulações a fazer com os juízes, visando melhorar os serviços forenses.

Assumo a Corregedoria Geral da Justiça, ciente das dificuldades que irei enfrentar. O diagnóstico se me afigura inevitável: há, neste momento, uma necessidade de modernização da Corregedoria Geral da Justiça para levar a bom porto tão complexa tarefa de orientar e de fiscalizar as atividades dos juízes e dos serventuários da justiça e do extrajudicial. Uso o termo “modernização” para traduzir os mecanismos que buscarei implantar para adequar a CGJ à realidade atual, nas suas dimensões de tecnologia da informação, por um lado, e sócio-culturais, por outro lado.

Nesse ser assim, o gerenciamento de processos por meio eletrônico, e a determinada valorização do ser humano juiz e servidor, com destaque especial para uma atividade prevalentemente orientadora, são providências que se impõem, à partida.

Exerço a judicatura há mais de cinco lustros, mais precisamente há vinte e sete anos, e tive a ventura de, neste percurso, receber a missão de dirigir a Escola Superior da Magistratura no biênio 2008/2009, oportunidade em que, como todos sabem, restaram implantados, com êxito, os programas de atualização continuada para os Magistrados e para os Servidores do Judiciário pernambucano. Esta foi, sem dúvida, uma das mais frutuosas experiências por mim vivenciadas na condição de Magistrado, porquanto pude

conhecer a todos, ou a quase todos, os juizes deste Estado de Pernambuco. É nessa condição, Desembargadores Jovaldo Nunes e Fernando Ferreira, que me sinto autorizado a proclamar, de forma solene e consciente, sem tergiversação, até com certa imponência que a hora comporta, que os juizes pernambucanos formam uma magistratura respeitável, de valores intelectuais e morais indiscutíveis, à altura das tradições de honradez do povo pernambucano. O mesmo posso asseverar com relação aos serventuários da Justiça, que, reconheça-se, nunca é demasiado repetir, estão a merecer uma atenção especial.

Hoje, os Magistrados e Servidores do Poder Judiciário têm a plena consciência da necessidade de ser constituída uma unidade granítica em prol da ética e da moralidade no serviço forense, na busca de um período de luzes, verdadeiramente voltado para a obtenção de uma Justiça ideal, e também para não deixar escapar a condição, ainda tributada ao Poder Judiciário, de reserva moral da Nação.

É chegada a hora de se esboçar uma reação saudável, no âmbito interno da Magistratura, para que a instituição não seja tisonada, mas ao contrário, fortalecida na sua legitimidade, contra aqueles poucos que ainda possam eventualmente vir a adotar uma postura incompatível com a relevância das funções cometidas ao julgador, e contra a falta de compromisso ético e moral.

A Magistratura deste Estado não teme a atuação do CNJ, que, reconheça-se, veio para ficar e tem desenvolvido um trabalho relevantíssimo para o aprimoramento do Judiciário brasileiro. A decisão recente do STF, que reconheceu a possibilidade de atuação *per saltum* do CNJ para a instauração de procedimentos disciplinares contra Magistrados não deslustra nem envilece as Corregedorias dos Estados. Tanto assim que, na quase

totalidade dos casos, excluídas apenas algumas reclamações formalizadas contra Desembargadores, o próprio CNJ socorre-se das Corregedorias locais para a apuração e o julgamento das questões.

Apontadas as metas a atingir e a rota que a elas conduz, há que prevenir contra aqueles que, eventualmente, ainda possam pretender adotar comportamento indesejável. A esses faço uma advertência: não há mais lugar no Judiciário pernambucano para quem não tem compromisso ético e moral. Pretendo, como disse, converter a Corregedoria numa instância de orientação, de apoio, de auxílio ao Magistrado e ao Servidor; mas, para quem pretender persistir atuando em ordem a ferir sensibilidades primárias, ético-morais, comprometendo a dignidade da função, a Corregedoria estará pronta para sindicá-lo, processá-lo e punir, ou propor a instauração dos procedimentos administrativos disciplinares que se fizerem necessários para a correção dos desvios.

Por último, quero congratular-me com o Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes e com toda a sua competente equipe pela excelência do trabalho desenvolvido ao longo do último biênio.

Meus mais sinceros parabéns, e obrigado por haver disponibilizado o seu pessoal para facilitar a troca de informações entre os que saem, os que ficam e os que chegam.

E, para aqueles que foram escolhidos para fazer parte da nova equipe, e também para os que continuam, lembro os versos do poema imortal.

Sejam bem-vindos jovens noviços!

Sejam bem-vindos ao sacrifício!

Está lançado o desafio. Ao trabalho!

## A filiação e os aspectos do registro civil

**Andréa Carla Albuquerque Andrade de Oliveira<sup>5</sup>**

**Sumário:** Introdução. 1 A filiação e o registro internacional. 2 Aspectos da filiação registral. 3 Conclusão.

**Resumo:** O artigo tem por objetivo analisar questões relevantes relativas ao registro civil de nascimento, como garantia do exercício de direitos decorrentes da relação de filiação. Em especial, é investigado o modo como as convenções e tratados internacionais e a legislação brasileira regulam os procedimentos para reconhecimento da filiação e a formalização do registro de nascimento.

**Palavras-chave:** Filiação. Registro Civil. Pessoas Naturais. Registros Públicos.

**Abstract:** The article aims to analyze relevant issues relating to civil registration of birth, as a guarantee of the exercise of rights under the parental relationship. In particular, we investigated how the international conventions and treaties and the Brazilian legislation governing the procedures for recognition of filiation and formalization of birth registration.

**Keywords:** Civil registration of Birth. Filiation. Birth registration.

---

<sup>5</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Especialista em Direito Civil e de Família pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE; Advogada e Sócia Diretora de Martorelli Advocacia de Família e Sucessões.

## **Introdução**

A Constituição Federal de 1988 foi resultado da luta pelo restabelecimento do estado democrático de direito, assegurando a proteção aos direitos humanos. Foram consagradas manifestações modernas de direitos fundamentais de proteção à pessoa humana para positivação no direito constitucional. A importância da efetivação desses direitos é uma forma de garantia e respeito à ordem constitucional vigente.

Com relação à filiação, a Constituição de 1988 instituiu a paternidade responsável, como forma de reconhecimento da evolução social e equiparação de direitos dos filhos. No artigo 227, § 6º, foi estabelecida a proibição da discriminação, onde todos os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, estando proibida qualquer discriminação relativa à filiação.

As classificações de filiações legítimas, legitimadas e ilegítimas deram lugar a uma única filiação, justamente a filiação sem discriminação. Todos os filhos podem e devem ser reconhecidos, independentemente da natureza jurídica do vínculo conjugal.

Em decorrência da Constituição de 1988, foi sancionada a Lei n. 7.841/1989, revogando o artigo 358 do Código Civil de 1916, que proibia o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, ou seja, filhos então denominados espúrios – incestuosos e adulterinos. Logo em seguida, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei n. 8.069/1990, que, no artigo 27, reconheceu a filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. A Lei n. 8.560/1992, também na esteira dessas mudanças, regulamentou a investigação de paternidade de filhos

havidos fora do casamento e ao mesmo tempo revogou o artigo 337 do Código Civil de 1916, estabelecendo a legitimidade do Ministério Público para propor ações com essa finalidade.

O Código Civil de 2002 excluiu a expressão filiação legítima, para tratar simplesmente da filiação, incluindo no artigo 1.597 as presunções de filiação decorrentes do casamento, como a concepção por força de fecundação artificial homóloga e por inseminação artificial heteróloga, reconhecidas através de autorização do marido.

Sobre esse tema, Maria Helena Diniz<sup>6</sup> afirma que

a inseminação artificial feita em circunstância desconhecida poderá ser utilizada pelo homem como motivo para a separação judicial fundada em injúria grave, porque a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do marido.

A paternidade forçada tanto atinge a dignidade humana do pai, quanto do filho que não teve paternidade verdadeiramente atribuída. Segundo Sandra Maria da Silva<sup>7</sup>,

sendo a paternidade um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido, que abrange não só o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, que é o direito de conhecer a identidade de seus genitores. O bem jurídico tutelado no direito ao conhecimento da identidade genética é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana.

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 379-380.

<sup>7</sup> SILVA, Sandra Maria da. *Direito de filiação: o valor do exame de DNA*. 1ª. ed., Belo Horizonte, Decalogo, 2007, p. 68.

Nas palavras de Canotilho<sup>8</sup>, em comentário à Constituição portuguesa, como sendo a primeira carta a reconhecer os direitos à identidade pessoal, vale salientar que “os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa e muitos dos direitos de liberdade”.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, admite e reconhece a existência de outros direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos em seu texto, mas constem nos princípios constitucionais ou nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. A Convenção Internacional da Assembléia Geral das Nações Unidas n. 44/25<sup>9</sup>, sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, nos seus artigos 7º e 8º, garantem à criança o direito a um nome, bem como a preservação da sua identidade, devendo o Estado garantir a sua efetivação, conforme se depreende do seu texto:

#### **ARTIGO 7**

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 396.

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n. 44/25, de 20 de novembro de 1989. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_crianca.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

## ARTIGO 8

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Sendo o direito de filiação um direito personalíssimo fundamental, protegido constitucionalmente, revela-se um direito, inclusive, de livre impugnação através de posições positivas ou negativas, para incluir ou excluir um determinado estado da pessoa, seja um *status civitatis* ou *status familiae*. Nos ensinamentos de Pontes de Miranda<sup>10</sup>, vale lembrar que:

no trato das questões ligadas à paternidade e à maternidade, ou à filiação, o que mais importa, técnica e praticamente, é que se cogite, desde o início, de classificar a pretensão de que se trata. A filiação, a maternidade e a paternidade dão ensejo a diferentíssimas ações, que não se podem confundir. Têm preclusão diferente ou prescrição diferente, ou não têm preclusão, nem prescrição. Uma passam aos herdeiros; outras não.

Importante considerar que, dentro de tantos aspectos valorativos objetivos ou subjetivos de filiação – dignidade, da hereditariedade genética ou familiar – cabe, também, considerar os critérios de convivência histórica e

---

<sup>10</sup> MIRANDA, José Francisco Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualização Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, v. 3, p. 78.

de realidade efetiva, devendo esses critérios estar relacionados diretamente com os argumentos jurídicos, biológicos e sociais.

## 2 A filiação e o registro internacional

O direito à nacionalidade brasileira é regulado na Constituição Federal, e está associado diretamente ao ser humano, supondo um vínculo social entre o Estado e o indivíduo<sup>11</sup>. A nacionalidade não pode ser negada arbitrariamente ao indivíduo, porque constitui direito originário reconhecido e garantido mundialmente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagrada em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU.

A dupla nacionalidade, segundo a lei brasileira, é possível e a Constituição Federal admitiu, em razão do nascimento, o critério da nacionalidade originária estrangeira – *jus soli*, previsto no artigo 12, inciso I, alínea a, ou o critério de ascendência – *jus sanguinis*, previsto no artigo 12, inciso I, alíneas b e c, conforme texto constitucional:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que

---

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.715.

sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Dispositivo legal derivado da Emenda Constitucional n. 54, de 20 de setembro de 2007, que alterou a Emenda Constitucional n. 03 de 1994)<sup>12</sup>.

No sistema da Constituição Federal de 1967, com a Emenda de 1969, exigia-se a opção da nacionalidade de filho de brasileiro nascido no estrangeiro até sua maioridade, ou seja, teria ele que morar no Brasil e escolher, dentro dos quatro anos após atingir a maioridade, a nacionalidade brasileira, sob condição resolutive.

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal, em decorrência da Emenda Constitucional n. 03 de 1994, admitiu o direito ao registro provisório de brasileiro nato, na forma do artigo 32, § 2º da Lei de Registros Públicos – Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para os filhos de brasileiros nascidos no exterior que, ainda menor, viessem a residir no Brasil, conforme Recurso Extraordinário n. 415.957/RS, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, transcrito abaixo:

RE – 415957/RS – Rio Grande do Sul.  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator:  
Min. Sepúlveda Pertence Julgamento:  
23/08/2005 Órgão Julgador: Primeira  
Turma; Recte.(s): Ministério Público  
Federal Recdo.(a/s): Fabian Charlie Covasi  
Adv.(a/s): Claudemir Capaverde Ementa:  
opção de nacionalidade brasileira (CF,  
artigo 12, I, c): Menor residente no país,  
nascido no estrangeiro e filho de mãe

---

<sup>12</sup> Art. 12, I, c – os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

brasileira, que não estava a serviço do Brasil: viabilidade do registro provisório (L. Reg. Públicos, artigo 32, § 2º), não o da opção definitiva. 1. A partir da maioridade, que a torna possível, a nacionalidade do filho brasileiro, nascido no estrangeiro, mas residente no país, fica sujeita à condição suspensiva da homologação judicial da opção. 2. Esse condicionamento suspensivo, só vigora a partir da maioridade; antes, desde que residente no país, o menor – mediante o registro provisório previsto no artigo 32, § 2º, da Lei dos Registros Públicos – se considera brasileiro nato, para todos os efeitos. 3. Precedentes (RE 418.096, 2ª T., 23.2.05, Velloso; AC 70-QO, Plenário, 25/9/03, Pertence, DJ 12.3.04). Decisão – A Turma conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 23/08/2005. Publicação: DJ (16-09-2005 PP-00026). Ement Vol – 02205-03 PP-00446. LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 314-324.

RE 418096/RS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Ministro Carlos Velloso Julgamento: 22/03/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Recte: Ministério Público Federal Recdo. (a/s): Josias Gabriel Ickert e outro (A/S) ADVDO. (A/S): Joelete Siqueira Morais. EMENTA: Constitucional. Nacionalidade: Opção. CF., Art. 12, I, c, com a Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994. I. – São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. II. – A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de

pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. III. – Vindo o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato, sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira. IV. Precedente do STF: AC 70 – QO/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 25/9/03, DJ de 12/3/04. V. RE conhecido e não provido. Decisão – A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 22/03/2005. Publicação: DJ 22/04/2005 PP-00015 EMENT VOL-02188-04 PP-00756. LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 246-254.

De acordo com o entendimento acima, todo menor filho de brasileiro, nascido no estrangeiro sob a égide da Emenda Constitucional n. 03 de 1994, já tinha garantido o registro provisório de brasileiro nato e não havia como ser negado esse direito, por ser norma de caráter protetivo, que não poderia ser interpretada de forma restritiva. Somente após a maioridade é que a nacionalidade brasileira adquirida

passaria a ter caráter suspensivo confirmativo, dependendo da manifestação do interessado, sendo possível e sem prejuízo do que lhe é próprio, e com sua realização geraria efeito *ex tunc*. Todo registro de nascimento ocorrido em consulado brasileiro, após a Emenda Constitucional n. 03 de 1994, ficava validado no território nacional, como o de um brasileiro nato, condicionado à opção de nacionalidade junto à Justiça Federal para o pleno exercício de seus direitos e deveres como um cidadão brasileiro, na forma do artigo 109, inciso X, da Constituição Federal.

Portanto, com a expedição da certidão de nascimento pelo consulado brasileiro no exterior, havia a inscrição desta junto ao cartório de 1º Ofício da Capital do estado de residência, ou no cartório de 1º Ofício do Distrito Federal, nos termos do artigo 32, § 1º, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Pelo sistema da Emenda Constitucional de Revisão n. 03 de 1994, no final da Certidão de Registro de Traslado de Assento de Nascimento constava: “Esta certidão valerá como prova de nacionalidade, desde que o interessado opte a qualquer tempo pela nacionalidade brasileira”<sup>13</sup>.

Isto importava dizer que o reconhecimento da condição protetiva de brasileiro nato já estava garantida desde o nascimento, na forma de registro provisório. Com a maioria e residindo no Brasil, a opção seria feita a qualquer tempo através de ação própria em processo de jurisdição voluntária na Justiça Federal, por tratar-se de condição suspensiva confirmativa. Assim, era a ordem legal que imperava no sistema de nacionalidade brasileira sem

---

<sup>13</sup> GUIMARÃES, Wautier Toledo. A nacionalidade brasileira e o livro E. *Boletim Eletrônico da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais - ARPEN*; Rio de Janeiro, 22.10.2009; disponível em: [http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2965&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2965&Itemid=83); Acesso em: 12 abr. 2011.

delongas e sem interpretações restritivas violadoras dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo corrente majoritária da doutrina, como na opinião de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins<sup>14</sup>, o ato próprio de opção da nacionalidade não gerava, em si, a própria nacionalidade, mas simplesmente sua definitividade. Assim, o que a opção judicial fazia era, somente, conservar os efeitos da nacionalidade, ratificando a opção anteriormente manifestada.

Na ordem atual, através da Emenda Constitucional n. 54/2007, existindo o registro formal em repartição consular ou diplomática brasileira competente ou, ainda, em ofício de registro localizado em território pátrio, será o filho de brasileiro considerado nato sem a necessidade de fixar residência no Brasil e sem a exigência de requerer a opção perante juiz federal. A nacionalidade brasileira, agora, é conferida automaticamente, como uma opção plena, e não há mais exigência de chancela judicial.

A Emenda Constitucional n. 54/2007 deu nova redação à alínea “c” do inciso I do artigo 12 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro de brasileiros nascidos no estrangeiro nos consulados e nos ofícios de registros civis competentes, para fins de usufruírem a nacionalidade nata, *in verbis*:

Art. 12 [...]

I – [...]

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em

---

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 3. ed. 1997, v. 4, p. 58.

qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; [...]

Art. 95. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Decorre daí que o nascimento lavrado em consulado brasileiro presume a verificação da condição de nacionalidade brasileira e, portanto, o traslado dispensa maiores formalidades. Já o assento de nascimento não lavrado em consulado brasileiro será trasladado mediante a apresentação de certidão do assento estrangeiro, legalizada pela autoridade consular brasileira e traduzida por tradutor juramentado, se necessário, podendo ser registrado no Registro de Títulos e Documentos, devendo também constar certidão de nascimento do genitor brasileiro e prova de domicílio do registrando.

No estado de Pernambuco, o procedimento sobre transladação e registro de nascimento, casamento e óbito de brasileiros realizados no exterior, por ser matéria da competência da Justiça Estadual, está disciplinado pelo Provimento n. 20/2009 da Corregedoria Geral da Justiça<sup>15</sup>, que aprovou o Código de Normas dos Serviços Notariais e Registrais, estabelecendo as seguintes regras:

Art. 732. Os assentos de nascimentos, casamentos e óbitos, lavrados em países

---

<sup>15</sup> PERNAMBUCO. Corregedoria Geral da Justiça. Provimento n. 20, 20 de novembro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/corregedoria/provimentos/Provimento%2020-2009.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

estrangeiros, tomados pelo próprio Cônsul brasileiro nesses países, serão trasladados no Livro “E”, do serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais competente, para surtirem efeitos no Brasil, independentemente de intervenção judicial. Parágrafo Único - A Unidade de Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais do 1º Distrito Judiciário da Comarca procederá às inscrições das separações judiciais e consensuais, dissoluções de casamento de estrangeiro, conversões de divórcio, divórcio direto, nulidades e anulações de casamento, resultantes de mandados judiciais, lançando-as no Livro “E”.

Art. 733. O traslado de assento de nascimento lavrado em Consulado brasileiro poderá ser requerido a qualquer tempo e será feito mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- a) Certidão expedida pela autoridade consular competente, traduzida por tradutor público juramentado;
- b) Prova do domicílio do registrando.

Art. 734. Sempre que o assento de nascimento do país estrangeiro não contiver o patronímico de família no nome da pessoa a ser registrada, o Oficial de Registro deverá indagar aos pais sobre a colocação do patronímico paterno ou materno ou de ambos, no registro e os pais deverão firmar declaração a ser arquivada em pasta com remissão recíproca dos atos.

Art. 735. Para o traslado de assento de nascimento que não tenha sido lavrado em Consulado brasileiro, serão exigidos os seguintes documentos:

- a) Certidão do assento estrangeiro, legalizada pela autoridade consular brasileira, traduzida por tradutor

- juramentado e registrada no Registro de Títulos e Documentos;
- b) Certidão de nascimento do genitor brasileiro;
- c) Prova do domicílio do registrando.

Nesse contexto, era obrigatório constar no final que a certidão trasladada era prova de nacionalidade, desde que o interessado optasse a qualquer tempo pela nacionalidade brasileira, isso em razão da entrada em vigor da Emenda n. 03/2004. Atualmente, com a Emenda n. 54/2007, vários estados brasileiros já estão atualizando certidões de brasileiros nascidos no exterior, sejam eles registrados no consulado ou trasladados no ofício registral com a seguinte expressão: “brasileiro nato de acordo com o artigo 12, inciso I, alínea c ou b da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 54/2007”. E para retificação desse antigo registro é competente a Justiça Estadual, por não se tratar de matéria de opção de nacionalidade, mas de direito constitucional efetivamente garantido. Para isso, já existem suscitações de dúvida no âmbito do nosso estado, remetendo tal matéria à Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco.

De acordo com o artigo 32 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), o assento pode ser lavrado no exterior por autoridade consular brasileira ou pela autoridade estrangeira, exigindo-se nesse caso a legalização na repartição consular brasileira. Vale frisar, novamente, que registrado o nascimento em consulado brasileiro presume-se a verificação da condição de nacionalidade brasileira e, portanto, o traslado dispensa maiores formalidades e o assento de nascimento não lavrado em consulado brasileiro será trasladado mediante a apresentação de certidão do assento estrangeiro.

Buscando aspectos de uma visão doutrinária, vale trazer a lume os ensinamentos de Jane Reis Gonçalves Pereira<sup>16</sup> ao sustentar que

a interpretação constitucional compreende um processo de construção – pelo qual o intérprete completa a elaboração da norma – não implica afirmar que atividade criativa do intérprete seja ilimitada ou desprovida de parâmetros. Esta permanece vinculada à Constituição, à experiência jurídica e às regras de linguagem. É também imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão.

Ainda, dentro dessa mesma linha de pensamento, vale considerar que

quando se questiona em que medida a Constituição é produto da criação judicial, não se pode perder de vista que o texto desempenha papel relevante na limitação da liberdade interpretativa. O texto não é apenas o ponto de partida da interpretação: associado ao imperativo de fundamentação das decisões judiciais, torna-se peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico. A importância do texto como fator limitador do voluntarismo tem sido destacado por Konrad Hesse<sup>17</sup>, para quem na ‘interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui um limite infranqueável a sua atuação’.

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991, *apud* PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *op. cit.* p. 16.

Em sentido similar, o Tribunal Constitucional Federal Alemão proferiu a seguinte decisão acerca da importância da interpretação da norma:

Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada. Não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial.<sup>18</sup>

Dentro dessa linha de pensamento, vale explicitar as palavras do Ex-Presidente da Corte Suprema de Israel, Aharon Barak:

Para mim, a constituição é um documento operacional. Eu decido casos extraindo significado do seu texto, e então a questão que se coloca para mim é: Como você interpreta a constituição? Não é resposta dizer ‘As palavras não têm significado; faça o que achar politicamente oportuno’. As palavras têm significado. Um cigarro não é um elefante.<sup>19</sup>

O direito ao devido processo legal é uma garantia de natureza jusfundamental, com absoluta e extremada importância, conhecidos a partir de escritos alemães como *Prozessuale Grundrecht*, “direitos fundamentais processuais”<sup>20</sup>. A garantia da imparcialidade objetiva do julgador importa na efetivação do processo justo; uma decisão legítima importa na pretensa verificação da conformidade constitucional ao procedimento utilizado.

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

<sup>19</sup> BONAVIDES Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 443

<sup>20</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 67.

### 3 Aspectos da filiação registral

Como regulado pela lei, são inscritos no registro público os nascimentos, os casamentos, óbitos, emancipação por outorga do pai ou mãe, ou por sentença do juiz, a interdição dos loucos, dos surdos mudos, dos pródigos e a sentença declaratória de ausência. Esses atos são denominados de atos do estado civil, ou em sentido técnico de registro civil de pessoas naturais, previsto no artigo 12 da Lei n. 6.015/1973.

O registro civil é conceituado por Washington de Barros Monteiro<sup>21</sup> como o conjunto de atos tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas. O registro civil fornece os meios probatórios fidedignos, cuja base reside na sua publicidade imanente, com função específica de provar a situação jurídica do que foi registrado e torná-la conhecida por terceiros.

Para efetivação do registro civil deve existir a declaração de nascido vivo de acordo com a Organização Mundial da Saúde<sup>22</sup>, segundo a qual informa que é o produto da concepção que, independente da duração da gravidez, depois de expulso ou extraído do corpo da mãe, respire ou dê qualquer outro sinal de vida, tais como: batimentos cardíacos, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária, quer tenha ou não sido cortado o cordão umbilical, esteja ou não desprendida a placenta.

---

<sup>21</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 42ª ed., 2009, p. 162.

<sup>22</sup> MANUAL de instruções para o preenchimento da declaração de nascido vivo. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2001. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/declaracao\\_nasc\\_vivo.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/declaracao_nasc_vivo.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

O Oficial do Registro Civil é revestido de fé pública para atestar a declaração do fato de pessoas e sua responsabilidade fica limitada a esse ponto, não cabendo adentrar no conteúdo das declarações prestadas, porque elas são presumidas e subentende-se que essas pessoas são verdadeiramente habilitadas e têm ciência do fato. Daí extrai-se, por exemplo, que existe a presunção de paternidade legítima de um nascimento ocorrido na constância do casamento, porque o Oficial do Registro Civil não pode consignar de outro modo, porque a presunção *pater is est* é absoluta. Toda indicação contrária à presunção legal do *pater is est* não tem força jurídica, porque só através da ação negatória de paternidade é que se pode destituí-la.

Além da presunção de paternidade existente desde a vigência do Código Civil de 1916, também foi fixado na constância desse diploma um período mínimo de tempo para início dessa presunção, ou seja, 180 dias para os filhos nascidos depois de estabelecida a convivência conjugal e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação ou anulação de casamento.

Não somente a Constituição Federal, o Código Civil e a Lei de Registros Públicos, mas outras leis também objetivam resguardar direitos da pessoa humana, como a Lei n. 8.560/1992, que regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento revogando as disposições discriminatórias relativas à filiação contida no artigo 332 do Código Civil de 1916. O objetivo dessa disciplina é dar registro a todo nascimento, no lugar onde ocorreu o parto, porque a obrigatoriedade é para todo território nacional sob todos os aspectos jurídicos.

No tocante ao registro de nascimento dos menores declarados expostos, que são abandonados pelos pais, o registro é feito de acordo com o artigo 61 da Lei

6.015/1973 com declarações prestadas pelos estabelecimentos de caridade, autoridades ou particulares ao oficial registrador, dentro do prazo de cinco dias contados desde a entrega ou aparecimento da criança exposta.

Declarar-se-á o dia, mês e ano, lugar em que foi exposto, a hora em que foi encontrado e sua idade aparente. Nesse caso, o envoltório, roupas e quaisquer outros objetos que trazer a criança e que possam a todo tempo fazê-la reconhecer, serão numerados, alistados e fechados em caixa lacrada e selada com o seguinte rótulo: “Pertence ao exposto tal, assento de fls. ... do Livro...” e remetidos imediatamente, com uma guia em duplicata, ao juiz para serem recolhidos em lugar seguro. Recebida e arquivada a duplicata, com o competente recibo do depósito, far-se-á à margem do assento a correspondente anotação.<sup>23</sup>

Sobre o registro de nascimento de menor abandonado, conforme comando do artigo 62 da Lei de Registros Públicos, poderá ser feito através da iniciativa do juiz de menores na jurisdição competente, por iniciativa deste à vista à margem dos elementos que dispuser e com a observância do contido, também, no artigo 61 da Lei 6.015/1973.

O registro de nascimento de gêmeos deve ser declarado no assento especial de cada um a ordem de nascimento. Os gêmeos que tiverem o prenome igual deverão ser escritos com duplo prenome ou nome completo diverso de modo que possam distinguir-se.<sup>24</sup>

Além dos nascimentos acima relacionados, a legislação brasileira de registro público determina, também, o procedimento a ser tomado quando dos assentos de

---

<sup>23</sup> BRASIL, Presidência da República. *Lei n. 6.015*, de 31 de dezembro de 1973, Art. 61 e parágrafo único.

<sup>24</sup> BRASIL, Presidência da República. *Lei n. 6.015*, de 31 de dezembro de 1973, Art. 62.

nascimentos de filhos ocorridos em navio brasileiro mercante ou de guerra, assim como dos nascimentos em aeronaves. Da mesma forma é realizado o registro de filho de militar ou assemelhado ou do civil, sendo o assento publicado em boletim da unidade e quando possível trasladado por cópia autenticada, *ex officio* ou a requerimento do interessado, para o Cartório de Registro Civil competente, ou para o 1º Ofício do Distrito Federal, quando não puder ser conhecida a residência do pai, conforme disposição legal contida no artigo 65 da Lei n. 6.015/1973.

O registro de nascimento é ato imprescindível ao controle da natalidade e sua omissão, ou seja, o sub-registro, infelizmente, influi alterando coeficientes vitais que envolvem o cálculo de nascidos vivos. Pode-se dizer que o sub-registro faz aumentar o coeficiente de mortalidade infantil, de mortalidade neonatal, de mortalidade peri-natal, de nati-mortalidade e mortalidade materna.

A nossa legislação registral criou mecanismos legais para obrigar que o registro civil seja feito de modo a respeitar a verdade real, ora facilitando, ora aplicando penalidades àqueles que não cumprem à risca o ordenamento legal. O direito ao registro civil é de natureza pessoal, de caráter integrativo da personalidade e ao mesmo tempo de cunho público e social. O registro civil é uma obrigação dos responsáveis pelo recém-nascido em fazer as indicações corretas, inclusive, porque antes de ser um direito é ele em primeiro lugar um dever.

## **Conclusão**

A questão do registro civil no enfoque dos diversos tipos de filiação vem gerando dúvidas e

inconformismos, porque a dinâmica familiar em vista dos novos arranjos sociais submete o direito a um papel estruturante na assimilação das transformações fáticas frente a uma normatização necessária.

Há situações em que o sistema legal brasileiro não disciplina o direito, como o caso do registro da adoção por homossexuais, inclusive, porque há divergências na doutrina pátria com relação à adoção por homossexuais, motivo pelo qual entendem alguns que essa adoção é nociva ao adotado, ao passo que outra doutrina acolhe posicionamento inverso.

No ano de 2008, através de tema divulgado em novela de televisão, polemizou-se situação de família composta por uma mãe e dois pais, que estavam de acordo em não saber quem era o pai biológico da criança e desse modo pleiteavam junto ao Oficial do Cartório de Registro Civil que no assentamento registral da criança constasse dois pais e uma mãe. Em diversas análises sobre o tema, ainda muito presente, várias foram as posições para entender que o registro do pai biológico é um direito indisponível da criança, ao passo que o segundo pai, sócio-afetivo, constitui um novo arranjo familiar, sendo essa uma questão de outra ordem.

Outro caso interessante relatado pela advogada Maria Berenice Dias, especializada em direito homoafetivo, em matéria publicada no Diário de Pernambuco, sob o título “Milagre da Ciência”<sup>25</sup>, narra o nascimento dos gêmeos Ana Luiza e Eduardo. Filhos de um casal homossexual

---

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. Milagre da ciência. *Diário de Pernambuco*, Recife, 07.05.2009. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yZDX83P5g\\_IJ:www.diariodepernambuco.com.br/2009/05/07/urbana7\\_0.asp+%22milagre+da+ci%C3%Aancia%22+di%C3%A1rio+de+pernambuco&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yZDX83P5g_IJ:www.diariodepernambuco.com.br/2009/05/07/urbana7_0.asp+%22milagre+da+ci%C3%Aancia%22+di%C3%A1rio+de+pernambuco&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

feminino através da concepção heteróloga, viabilizada pela doação do espermatozóide e união do óvulo de uma delas, inserido no ventre feminino da outra, como autorizava a Resolução n. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina. A questão é como constar o registro das duas mães, uma mãe gestacional e outra biológica.

Nesse caso, frente ao princípio da verdade real do registro público, não existe impedimento para que conste no assentamento registral a filiação dos gêmeos, claramente, com a menção do processo de reprodução e a declaração de serem duas mães, uma gestacional e outra biológica. Do teor da certidão de nascimento não se faz menção do tipo de reprodução, mas sim a referência das duas mães, sendo uma biológica e outra gestacional.

Vale ressaltar que a questão do assentamento registral é de grande responsabilidade e valor porque são vários os interesses e direitos reconhecidos nesse âmbito. O melhor interesse da criança, o direito à igualdade, à dignidade humana estão implícitos e devem ser respeitados, porque muitas vezes estão eles em sentidos opostos em razão das ideologias diversas.

O Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução CFM n. 1.358/1992, que disciplinava os procedimentos de reprodução humana assistida, ou inseminação artificial, para criar nova norma, a resolução CFM n. 1.957/2010. As novas normas permitem, entre elas, a diminuição do número de embriões fertilizados nas pacientes, possibilidade de autorização do uso de material genético de pessoas falecidas, proibição da escolha do sexo da criança, exigência de cadastro completo dos pacientes nas clínicas especializadas, inclusão de pessoas do mesmo sexo ou solteiras, a continuação da proibição da barriga de aluguel, a adoção temporária do útero ou

gestação de substituição está permitida entre parentes até o segundo grau de qualquer um dos membros do casal.

Na hipótese, por exemplo, de fertilização *in vitro*, principalmente para casais homossexuais masculinos, haverá dificuldades diante da proibição mantida da barriga de aluguel. O reconhecimento dessa paternidade, também, ainda não é admitido em lei e somente através da Justiça o seu reconhecimento será possível. Assim, a criança gerada por casais homossexuais só terá o registro civil efetivado após determinação judicial.

A falta de disposição legal para situações contidas na Resolução CFM n. 1.957/2010 clama por posicionamentos jurídicos diversos, no sentido de aclarar o que seja mais importante e garantido constitucionalmente. A postura adotada pela jurista Tânia da Silva Pereira é no sentido de substituir o subjetivismo pelo garantismo, ante a baliza forte e estável da lei<sup>26</sup>, que assegura em seus itens IV, itens 2 e 3, o sigilo do doador e determina à instituição a retenção de dados médicos do doador. Da mesma forma, é garantido o sigilo da sua identidade, estando assegurado pelo princípio da dignidade humana, da inviolabilidade da vida privada, bem como também está preservado o melhor interesse da criança, na forma dos artigos 4º e 6º da Lei n. 8.069/1990 e no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. No Brasil, a Lei de Biossegurança é de n. 11.105/2005, que veio após a Resolução n. 196/1996 do Ministério da Saúde.

Dentro da linha do melhor interesse da criança, existem vários posicionamentos jurídicos no sentido de aclarar o que seja, exatamente, o melhor

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.16.

interesse para criança, já que esse princípio está dosado de certo grau de subjetivismo. No estudo deste aspecto, Maria Helena Diniz<sup>27</sup> ressalta:

Faz-se necessária uma biologização ou medicalização da lei, pois não há como desvincular as ciências da vida do direito. Assim, a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar com prudência objetiva, até onde as ciências da vida poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságüe numa crescente e temível confusão diabólica, em que os problemas da humanidade sejam solucionados pelo progresso tecnológico.

Vale acrescentar, que os direitos fundamentais devem ser sempre invocados principalmente nas relações de família. Esses direitos fundamentais são instrumentos para implementação dos valores constitucionais. Nas palavras de Paulo Lôbo<sup>28</sup>, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades podem ser agrupados em: “princípios fundamentais” que são a “dignidade da pessoa humana” e a “solidariedade”; e os “princípios gerais” que são a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o melhor interesse da criança. Sendo os princípios fundamentais os mais marcantes para o direito de família, por estarem de certa forma mais explícitos.

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.10.

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

Na busca e no sentido da dignidade vale citar ainda o filósofo alemão Jürgen Habermas<sup>29</sup>, quando se refere à “dignidade da vida humana” declarando que é diferente da “dignidade da pessoa humana”, porque esta é quem dá a garantia jurídica para cada pessoa. Segundo Kant<sup>30</sup>, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que simplesmente coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto.

A necessidade de aplicação de novas leis e procedimentos reconhecidos como fundamentais trazem à tona a demonstração de que as leis precisam ser melhor elaboradas, dentro de uma visão mais ampla, com o objetivo de acompanhar a evolução fática, afastando interpretações duvidosas e discriminatórias que prejudicam direitos reconhecidos e realmente indisponíveis.

As nossas leis, em muitos aspectos, já não correspondem aos anseios da sociedade, precisando urgentemente ser adaptadas à nova realidade social. Os prejuízos, também, com os retardos da Justiça são incontáveis, representando uma total descrença da população fragilizada com leis, ainda, arcaicas, que não tem o compromisso de efetivar a dignidade da pessoa humana.

Os entraves nas leis não podem servir de justificativa para falta de aplicação do direito, a sistematização deve ser aproveitada como forma de interpretação dinâmica dentro de uma visão social e constitucional. A falta de fundamentos ético-jurídicos

---

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49-51, *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37 e 38.

<sup>30</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela; Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77, *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

implica na ausência de respostas na proteção da sociedade em decorrência de novas descobertas e tecnologias. Diante dessas complexas relações sociais e jurídicas, os princípios da bioética encontram mais proximidade na resolução dos problemas da engenharia genética, do que no próprio direito. Essas são as ideias discutidas no presente trabalho, com relação à formalização desses direitos essenciais no âmbito do Registro Público.

# Da desnecessidade do juiz revisor no processo civil

**Antônio Fernando Araújo Martins<sup>31</sup>**

**Resumo:** Este trabalho ressalta a instrumentalidade do processo e defende a desnecessidade de atuação de um juiz revisor, nas hipóteses em que o colegiado irá se pronunciar sobre a matéria, sendo este mais um mecanismo para agilizar a aplicação do direito perseguido pelas partes, hodiernamente. Para tanto, faz uma análise do projeto de lei que visa reformar o CPC, em trâmite na Câmara de Deputados.

**Palavras-chave:** Instrumentalidade. Revisor. Desnecessidade. Efetividade.

**Abstract:** This work emphasizes the process' instrumentality and contends the non necessity of a revisor judge actuation, on hypothesis in which the collegiate will pronounce about the subject, being this one more mechanism to make agile the application of law pursued by parts, nowadays. So, it makes an analysis of the law project that aims to reform the Civil Process Code, in course at the House of Representatives.

**Keywords:** Instrumentality. Revisor. Non necessity. Effectiveness.

---

<sup>31</sup> Antônio Fernando Araújo Martins é Desembargador do TJPE, integrante da 6ª Câmara Cível.

A instrumentalidade a que se propõe hodiernamente o processo, sua efetividade na aplicação do Direito material, aliás, finalidade última a que se presta para ordenar os atos tendentes a compor a lide, exige a todo momento um novo esforço e enfoque de interpretação mais condizente com esta nova realidade de litígios emergentes com a vigência da Constituição de 1988 e suas alterações posteriores, que trouxe aos cidadãos a possibilidade de buscar soluções de direitos até então inalcançáveis no exercício de sua cidadania.

É, portanto, esta praticidade e fuga a ritos sacramentais estéreis e inúteis que devem sempre reger e atualizar aquela que ditará o *iter* a ser perseguido pelo operador do Direito de modo geral.

Pois bem, dentro deste quadro que já se desenha, a atual proposta da elaboração do novo Código de Processo Civil caminha neste sentido, podendo-se dizer que, em última análise, fora o desiderato a que se propugnaram os eminentes colaboradores desta reforma, louvando-se aqui o trabalho do insigne Ministro Luiz Fux, que sempre se posicionou na aplicação efetiva do Direito vigente com raciocínios exegéticos práticos, atuando com grande operosidade nos seus julgados na Superior Corte de Justiça, valendo-se da hermenêutica e interpretações técnico-jurídicas, e bem mais, de forma sintética e judiciosa na aplicação daquele Direito posto no litígio.

Se é bem verdade que o avanço a ser alcançado pela nova Lei de Ritos, desde já esperado e aplaudido como aquele que outorgará melhores caminhos a serem abertos na busca da pronta e efetiva aplicabilidade do Direito Substantivo posto, não é incorreto, mesmo assim, como asseveramos linhas acima, apontar aqui e acolá novas modificações que haverão e deverão advir para que o processo caminhe sempre de maneira mais célere e seguro

na aplicação do Direito material. Justiça tardia não é justiça, já dizia a vetusta parêmia.

E não se diga que apenas este ou aquele dispositivo que venha a ser inserido no *Codex* hoje e amanhã estará pronto e acabado a enfrentar de forma pragmática a aplicação do Direito.

Evidentemente que não.

Como se diz popularmente no dia a dia, é como se tivéssemos que matar um leão e seguir, afinal, o desenvolvimento que a sociedade vem tomando é rápido e, conseqüentemente, leva a uma exigência maior e mais eficaz do aparelhamento jurisdicional, mormente o processual, que é aquele que faz por em marcha o concebido Direito Substantivo que subjaz ao *iudicium*.

Temos, pois, de aventar esses novos rumos, coadjuvados ao novo Código de Processo Civil entrante no Direito Positivo nacional e gestionar junto, dentre outros, à Câmara Federal, para a agilização do Projeto de Lei n. 6649/09 de autoria do Deputado Francisco Praciano do PT-AM, que cuida de eliminar a função do revisor nos recursos de apelação e nos embargos infringentes, afora outras providências.

Antes, contudo, de apreciarmos em concreto a questão que já tem trâmite legislativo para uma futura reforma processual, mais especificamente no artigo 551 do Código de Processo Civil, vejamos ainda, por ser de bom siso, que a questão das decisões já eram tratadas dentre os romanos, e assim eram vistas em virtude da segurança que adviria com a participação colegiada em tais julgamentos, não sendo, pois, uma preocupação do mundo moderno.

Destarte, desde os romanos, com a atuação de seus pretores, tal questão começava a se alinhar, não importando aqui tratar-se de recursos ou da palavra em última instância do Imperador.

Certo é que “a evolução do Direito Processual romano deu-se através de três fases, a saber:”<sup>32</sup>

**1º - Período primitivo:** É o período mais antigo, conforme preleciona Hespanha<sup>33</sup>, “753 a.C. Fundação de Roma. O Direito baseava-se exclusivamente nas – ações – previstas e tipificadas na lei (nomeadamente, na Lei das XII Tábuas, *legis actiones*)” até o ano de 149 a.C. desenvolvia-se o procedimento oralmente, revela Theodoro Júnior,<sup>34</sup>

[...] compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e outra, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.

**2º - Período formulário:** Nesta fase, as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano por grandes territórios. É caracterizada pela presença de árbitros privados, porém a sentença era imposta pelo Estado às partes. O procedimento era ainda semelhante ao da fase anterior, com algumas modificações, quais sejam: havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes. Assim define Hespanha<sup>35</sup> em relação ao princípio do livre convencimento do juiz: “atribui ao pretor a possibilidade de redigir uma fórmula, espécie de programa de averiguação dos factos e de sua valorização”.

---

<sup>32</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual. n. 24, 2005. p.71.

<sup>33</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica Européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997, p.77.

<sup>34</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1. 1989. p.10.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 77.

### 3º - Período da “*cognitio extraordinária*”:

Esta fase vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era. Apresenta como características principais: a função jurisdicional pelo Estado desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso. No período dito *dominato*, com o processo extraordinário, a justiça passa a ser competência dos juízes, funcionários do Estado. Surge, nesse período, a hierarquização dos juízes, classificando-os em:

Inferiores, que julgavam, normalmente, em primeira instância e se denominavam *iudices ordinari*, e eram:

Em Roma e Constantinopla, o *praefectus urbi* (que substituiu o pretor urbano, nessas funções, a partir do século II d.C.);

Nas províncias, os litígios mais importantes se processavam diante do governador (*praeses, rector*), ou dos *iudices pedanei*, por ordem do governador; os litígios menos importantes (os de valor inferior, a princípio, a 50 *solidi* - moedas de ouro – e depois, a 300) se desenrolavam diante de funcionários municipais, os *dumviri iure dicundo*, e nos fins do *dominato*, o defensor *ciuitatis*.

Os superiores, em cujo cimo da escala hierárquica encontravam-se os Imperadores do Oriente e Ocidente; abaixo deles, os *praefecti praetorio*, que representavam os imperadores (razão por que suas decisões eram irrecorríveis para aqueles); e mais abaixo, os *uicarii*, de cujas decisões podia-se recorrer ao imperador.

Ainda no *dominato*, Constantino reconheceu que os bispos tinham jurisdição quando um dos litigantes, durante o processo, pedisse a suspensão deste, a fim de que passasse a correr diante de um bispo, cuja sentença, nesse

caso, teria força executória. Mas essa jurisdição foi revogada nos fins do século IV, ou durante o século V d.C.

Delineada a questão de instâncias recursais entre os romanos, há de se retomar a questão, como acima enfocada, v. 1. do Projeto de Lei em trâmite na Câmara de Deputados, que irá se aliar à reforma específica do CPC.

Trata o ilustre Relator do P. L. que:

A figura do Juiz Revisor foi criada para garantir mais segurança jurídica. No entanto, afirma, quando a sociedade atualmente reivindica uma justiça mais ágil, algumas etapas do processo que podem retardá-lo até por meses, devem ser suprimidas.

E é exatamente onde aqui se coaduna com nosso posicionamento, o já em trâmite Projeto de Lei acima referenciado.

Por um lado, rezando o artigo 551 § 1º do Código de Processo Civil vigente que monocraticamente o Juiz poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou em confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante ou, no caso do citado parágrafo poderá dar provimento ao recurso nos casos ali elencados, vem a nos levar, inevitavelmente, à conclusão de que, permitindo o legislador, dentro destas hipóteses, a negativa de seguimento ou o provimento, *ab initio*, aos recursos, a segurança da decisão não restaria quebrada, pois recursos supervenientes de agravo legal ou embargos infringenciais, por exemplo, poderia fulminar ato não prolatado com a devida nobreza judicante.

Por um outro lado, a falta de revisão no julgamento dos citados recursos de apelação, agravo de instrumento e ação rescisória como se procede em colegiado teria no restante da turma a devida vigilância, que habitualmente já ocorre.

Por fim, quanto a tal enfoque, no § 2º do artigo 555 do citado Diploma Adjetivo, o Juiz integrante da turma que não se considerar apto a emitir o seu voto poderá pedir vistas do processo que esteja em exame.

Afinal, a exposição de motivos do autor do projeto acima mencionado fixa a todo o momento a razão de ser da existência do Juiz (terceiro Juiz) revisor, na segurança do julgamento, coisa que pela análise anterior já entendemos como plenamente superada.

Ademais, o § 1º do artigo 90 na Lei Complementar n. 35 de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura) no âmbito da Justiça Federal, ao disciplinar o funcionamento dos Tribunais Federais de Recurso previa para dar maior celeridade no julgamento dos feitos, a dispensa do Juiz Revisor o que, em face de haver sido recepcionado pela Carta Política de 1988 fez os Tribunais Regionais Federais adotarem em seu regimento interno, a fim de abreviar os julgamentos, a desnecessidade do Revisor.

Traga-se à colação, pois, o retromencionado Projeto de Lei do Deputado amazonense:

PL 6649/2009

PROJETO DE LEI. Dá nova redação ao artigo 551 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta lei altera o Código de Processo Civil, suprimindo a função de revisor nos recursos de apelação e de embargos infringentes.

Art. 2º - O art. 551 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 551 - Tratando-se de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.

§ 1º. Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade.

§ 2º. O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento (NR).

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### Justificativa elaborada pelo Deputado Francisco Praciano do PT-AM:

O instituto da Revisão está inserido no ordenamento jurídico brasileiro há mais de um século. Em belíssimo estudo sobre o tema, disponibilizado na internet, o Professor Breno Beltrão de Souza, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau (Recife-PE), informa que, ainda sob a vigência da Constituição de 1891, vários entes federativos incluíam a Revisão como etapa no julgamento dos processos nos tribunais, citando, como exemplos, os diplomas processuais do Rio Grande do Sul (art. 1.049), Minas Gerais (artigo 1.474), Pernambuco (art. 1.436) e Rio de Janeiro (art. 2.323, §§ 4º e 5º).

O Código de Processo Civil de 1939, que antecedeu o Código de Processo Civil atualmente em vigor, também instituiu a Revisão, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 874. Nas apelações, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, revistas e ações rescisórias, será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade.

§ 1º Exarado o relatório nos autos, serão estes (sic) conclusos ao revisor, que os devolverá em vinte (20) dias, declarando concordar com o relatório, ou retificando-o. Na legislação processual civil vigente, encontra-se o instituto da Revisão previsto no art. 551 do Código de Processo Civil, que estabelece:

Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.

§ 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem decrescente de antiguidade.

§ 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

§ 3º Nos recursos interpostos nas causas de procedimentos sumários, de despejo e nos casos de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.

A figura do juiz revisor, assim chamado o segundo julgador que tem vista obrigatória dos autos, foi criada, então, com a intenção de garantir maior segurança jurídica para as partes envolvidas na lide e para o próprio órgão colegiado responsável pelo julgamento dos feitos para os quais o referido instituto da Revisão encontra-se previsto.

Contudo, no momento atual, não só a comunidade jurídica pátria, mas toda a sociedade civil, reclama modificações nas leis processuais brasileiras, visando a uma maior rapidez na prestação jurisdicional, sem prejuízo da qualidade da mesma, principalmente se etapas processuais plenamente dispensáveis, que podem retardar em meses o julgamento de um processo, forem suprimidas.

Uma dessas modificações necessárias, sem dúvida nenhuma, é a reformulação do art. 551 do CPC, senão para a completa extinção do procedimento da Revisão nos Tribunais, ao menos para a diminuição das hipóteses de incidência da regra.

O Código de Processo Civil vigente estabelece que o revisor poderá declarar-se de acordo com o relatório escrito, retificá-lo ou fazer-lhe os aditamentos que reputar

cabíveis, após o que deve apor aos autos o seu “visto” e pedir dia para o julgamento. No entanto, toda a responsabilidade da matéria é imposta ao relator do processo, que pode, muito bem, incumbir-se de solicitar data para o julgamento, não passando a Revisão, portanto, de mera atividade repetidora do procedimento de relatoria. Além disso, a garantia para a segurança do julgado já existe no bojo do próprio CPC, que, no § 2º do art. 555, dispõe:

§ 2º A qualquer juiz integrante do órgão julgador é facultado pedir vista por uma sessão, se não estiver habilitado a proferir imediatamente o seu voto.

Ainda, o próprio Código de Processo Civil, no § 3º de seu artigo 551, excetuou a atuação do revisor nos recursos interpostos nas causas de procedimento sumário, de despejo e, também, nos casos de indeferimento liminar da petição inicial. Além dessas exceções previstas no CPC, dispensa-se ou faculta-se a audiência do juiz revisor em diversos diplomas da legislação extravagante, citando-se: (i) art. 13, § 2º, LC 76/93 (procedimento de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária):

Art. 13. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado e, em ambos os efeitos, quando interposta pelo expropriante.

§ 2º No julgamento dos recursos decorrentes da ação desapropriatória não haverá revisor. (Destacamos).

(ii) art. 198, III, Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica

adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

III – os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor; (Destacamos).

(iii) art. 35, Lei n. 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais):

Art. 35. Nos processos regulados por esta Lei, poderá ser dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações. (Destacamos).

No âmbito da Justiça Federal, a Lei Complementar n. 35 (Lei Orgânica da Magistratura), de 14 de março de 1979, ao disciplinar a competência e o funcionamento do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim dispôs em seu artigo 90:

Art. 90. O Regulamento Interno disporá sobre as áreas de especialização do Tribunal Federal de Recursos e o número de Turmas especializadas de cada uma das Seções bem assim sobre a forma de distribuição dos processos.

§ 1º Com finalidade de abreviar o julgamento, o Regimento Interno poderá também prever casos em que será dispensada a remessa do feito ao revisor, desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito. (Destacamos).

Com a extinção do Tribunal Federal de Recursos, pela Constituição de 1988, os cinco Tribunais Regionais Federais que os sucederam, igualmente amparados na mencionada Lei Complementar n. 35, adotaram a facultatividade do revisor. A prática, nesses Regionais, é a dispensa do revisor nos feitos que versarem sobre matéria predominantemente de Direito, ou

quando a sentença recorrida estiver apoiada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal.

A análise do instituto da Revisão, pois, levamos a crer que a mesma é totalmente dispensável nos processos de competência recursal, uma vez que, em havendo dúvidas por parte dos julgadores, estes poderão pedir vista dos autos a fim de proferirem seus votos com segurança.

Pelo presente Projeto de Lei, portanto, buscamos extinguir a obrigatoriedade da figura do revisor nos Recursos de Apelação e Embargos Infringentes. Quanto à Ação Rescisória, contudo, por tratar-se esta de um processo novo, formado através de fatos novos e de maior complexidade e excepcionalidade, destinada a desfazer coisa julgada material, entendemos que para a mesma deve ser mantida a obrigatoriedade da Revisão.

Finalmente, cumpre-nos observar que a alteração da redação do caput do art. 551 do CPC, conforme aqui proposta, enseja a revogação do § 3º do mesmo dispositivo legal, o que também se propõe.

Pedimos aos nobres pares, pois, a aprovação do presente Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em 15 de dezembro de 2009.

Como arremate, ainda do que até aqui se expôs, é de ver também aresto do STJ a tal respeito, a saber:

Processo REsp 1073008 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0150368-3 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 14/04/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 27/04/2009 Ementa RECURSOS ESPECIAIS.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, CPC. POSSIBILIDADE. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FALTA DE REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. CÁLCULOS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. FATO SUPERVENIENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. TÍTULO LÍQUIDO. NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULOS. CLÁUSULA PENAL. SÚMULA 05/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Tendo em vista ter sido julgado o recurso de apelação tão somente com vistas à matéria de Direito, não há vedação a aplicação do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

2. A ausência de intimação do Ministério Público para falar de cálculos não admitidos quando do julgamento do recurso não encerra nulidade.

3. É possível ser dispensado o revisor da apelação nas hipóteses em que a matéria discutida é de Direito e há previsão nesse sentido no regimento interno do tribunal. Precedentes.

4. Se a questão não é abordada por se considerar estar fora dos limites objetivos da demanda, não há que se falar em omissão.

5. Não se constitui em fato superveniente matéria que poderia ter sido alegada desde a exordial.

6. A necessidade de realização de cálculos e aplicação de índices de correção monetária não retira a liquidez do título.

7. Se no aresto recorrido resta consignado que a cláusula penal, de acordo com os termos do contrato firmado entre as partes, foi estipulada em face da mora, reverter esse entendimento esbarra na censura da súmula 05/STJ.

8. A irresignação relativa aos honorários advocatícios não encontra respaldo no histórico dos autos.

9. Recursos especiais não conhecidos. Acórdão Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Ministro Relator.

Simple consideração sem maiores necessidades de outros esforços exegéticos bem demonstra de forma pragmática o quanto haveria de celeridade no andamento dos processos se fosse desconsiderada a necessidade de um revisor atuar em processos quando quem irá se pronunciar sobre a matéria é o colegiado que, em necessitando pedirá vistas dos autos.

É uma simples colaboração de um operador do Direito ao novo CPC.

## **Referências**

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1, 1965.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual. n. 24, 2005.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1. 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

## Uma tentativa de estimular a cultura do acordo

Frederico Ricardo de Almeida Neves<sup>36</sup>

O Direito, enquanto conjunto de regras que visam pautar a conduta das pessoas na sociedade, exerce dupla função: a de prevenir conflitos e a de resolver conflitos, sendo que a primeira tem precedência, ao passo que a segunda é de natureza subsidiária. A função resolutória dos conflitos de interesses, por sua vez, exerce-se mediante a utilização de (i) meios jurisdicionais e de (ii) meios não jurisdicionais; os meios jurisdicionais envolvem a intervenção do Estado por intermédio dos tribunais, já os meios não jurisdicionais não contam com a participação dos juízes de direito e podem consistir (a) em negociações espontâneas diretas (b) em mediação, ou, ainda, (c) em arbitragem.

Hoje – forçoso é reconhecer – os meios não jurisdicionais têm adquirido força acrescida. Isso porque o Estado, que chamou a si a resolução dos conflitos, não vem, como todos sabem, desincumbindo-se, com a eficiência desejada, apesar do indiscutível esforço dos magistrados brasileiros, dessa fundamental função jurisdicional. Os processos judiciais, ao contrário, multiplicam-se e eternizam-se nos tribunais, ano após ano, sem uma solução pronta e expedita das questões levadas a Juízo, circunstância que dá ensanchas a insatisfações insofredadas da sociedade moderna – esta regida pelo signo da imediatidade – que podem comprometer a paz social.

---

<sup>36</sup> Desembargador eleito Corregedor Geral da Justiça do TJPE biênio 2012/2013; Professor universitário, Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa; Ex-Diretor da ESMape e Ex-Diretor do CEJ/TJPE.

Diante de tal cenário, urge que se busque uma mudança de mentalidade, despertando-se nas pessoas a firme convicção de que elas podem, de forma civilizada, em incontáveis situações, resolver os seus próprios conflitos, por intermédio de acordos livres, solenes e conscientemente pactuados, sem a necessidade da provocação da ainda emperrada máquina judiciária estatal.

Na Inglaterra, por exemplo, foram instituídos protocolos preliminares que são cumpridos pelas partes e respectivos patronos, antes mesmo do ajuizamento da ação judicial. A excelente proposta da Comissão do Senado da República, no sentido de criar um “processo bifásico”, com a previsão de uma fase prefacial de conciliação, no limiar do processo, antes da contestação, em nada impede, antes aconselha que, em momento anterior ao da judicialização da questão controversa, as partes tentem, de harmonia com os princípios da cooperação e da boa-fé, encontrar pontos de equilíbrio para dar cobro ao litígio.

Mas, perguntar-se-á: Como isso poderá ser feito? E mais: Terá o povo brasileiro a cultura do acordo, ou, ao contrário, nele avoluma-se o espírito de litigiosidade? Há quase cinco lustros no exercício da função jurisdicional já tive a oportunidade de ouvir um dos litigantes de determinado processo em curso, por ocasião da audiência de tentativa de conciliação, dizer: “sou capaz de esperar o tempo que for necessário – dez, vinte ou trinta anos – mas quero ver o meu problema resolvido pelo juiz.”

Não há mais lugar para esse tipo de pensamento. As pessoas, em bom rigor, não dependem do Estado para resolverem as suas próprias pendengas. Basta que haja uma certa evolução espiritual e a convicção de que o processo judicial é arriscado e moroso, causador, bastas vezes, de prejuízos financeiros para ambos os litigantes.

Penso que a experiência alienígena pode ser chamada a intervir, no momento em que juristas de altíssimo porte intelectual, capitaneados pelo Ministro Luiz Fux (STJ), vêm estudando a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

A CPR – *Civil Procedural Rules* acentuou, na Inglaterra, a partir de 1999, a liberdade dos litigantes para realizarem acordos, como um dos mais relevantes princípios do processo civil inglês moderno. E, por intermédio de protocolos que antecedem a ação, disciplinam a atividade inerente aos meios alternativos de resolução de conflitos, com vista a encontrar uma solução para o problema, antes mesmo do começo do processo.

De acordo com esse sistema, a resolução dos conflitos pela sentença judiciária é o último escólio a que se agarram os que soçobram na tentativa de resolução extrajudicial; em boa verdade, pelo regime inglês, a sentença judicial constitui-se no modo menos desejado pelos litigantes, por duas ordens de razões: (i) os sérios riscos de uma demanda judicial e (ii) os significativos gastos e prejuízos advenientes da demora na resolução definitiva do conflito. Cientes disso, os interessados, civilizada e espontaneamente, buscam – nunca é demasiado enfatizar, antes mesmo do ajuizamento da demanda – as formas alternativas de composição, os chamados equivalentes ou substitutivos da jurisdição, como, por exemplo, o acordo espontâneo e direto (sem intermediação), a mediação (as partes em conflito acordam em confiar a um terceiro o encargo de apresentar uma proposta de solução) e a arbitragem (as partes designam pessoa estranha ao Poder Judiciário para decidir a causa).

As inúmeras vantagens desse sistema nos estimulam a tentar inculcar no espírito das pessoas a cultura do acordo.

# **A inexigibilidade de intimação do devedor para a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC**

**Isaias Andrade Lins Neto**<sup>37</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 A dificuldade de interpretação do art. 475-J do CPC. 2 Os princípios do processo e a nova lei. 3 Sentença líquida ou já liquidada. 4 Termo inicial do prazo de quinze dias 5 O posicionamento doutrinário. 6 A posição da jurisprudência. 7 O enunciado 72 FVC-IMP. 8 A Súmula n. 107 do Tribunal de Justiça de Pernambuco. 9 Da necessidade de aplicação do art. 475-J com a máxima efetividade. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho busca aprofundar o debate sobre a melhor forma de aplicação do art. 475-J, do CPC, dentro de um panorama atual convergente para a necessidade de dar efetividade às decisões judiciais na fase executiva. Há de se ter em mente que o processo só acaba com a plena satisfação do julgado, o que nos leva a apontar o dispositivo do art. 475-J como um dos mais relevantes instrumentos para a realização do princípio da duração razoável do processo, admitindo-se a imediata fluência do prazo para o cumprimento voluntário da sentença a partir do seu trânsito em julgado, independentemente de intimação.

---

<sup>37</sup> Juiz de Direito Titular da 33ª Vara Cível do Recife-PE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Coordenador do Fórum dos Juízes das Varas Cíveis de Pernambuco.

**Palavras-chave:** Efetividade da execução. Cumprimento de sentença. Trânsito em julgado. Inexigibilidade de intimação do devedor.

**Abstract:** The work presented pursuits to deepen the debate of how best to apply the article 475-J of CPC, in a convergent current overview for the necessity to give effectiveness to judicial decisions on execution phase. There must bear in mind that the process only ends with the complete satisfaction of the sentence, what leads us to point out the device of article 475-J as one of the most relevant instrument for the realization of reasonable duration of process principle, accepting the immediate fluency of prompt for voluntary compliance of the sentence from its *res judicata*, independently of subpoena.

**Keywords:** Effectiveness of execution phase. Compliance of sentence. *Res judicata*. No obligation of debtor's subpoena.

## Introdução

Não apenas no Brasil, mas em todo o mundo ocidental, aprofunda-se uma crise de credibilidade e legitimidade do Judiciário. Vários são os fatores que agravam esse quadro. Dentre eles, pode-se mencionar a “inflação legislativa”, na medida em que o legislador procura tutelar uma quantidade cada vez maior de interesses da sociedade; a falta de infraestrutura do Estado-juiz para concretizar os novos direitos; a conseqüente morosidade da justiça e a postura desconfiada dos aplicadores do Direito em relação às propostas legislativo-doutrinárias para a

solução dos problemas mencionados.

Nesse diapasão, como meio de resgatar a imagem do Poder Judiciário, a corrente processualística mais autorizada e atual defende a busca incessante pela efetividade do processo e a concepção deste como mero, mas imprescindível, instrumento de realização do direito material. José Roberto dos Santos Bedaque, com uma sensibilidade aguçada a respeito desse fenômeno, assevera se tratar:

[...] sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo direito material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.<sup>38</sup>

E o professor arremata de maneira perspicaz:

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito material. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera.<sup>39</sup>

Propugnam os doutrinadores que a postura de

---

<sup>38</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

<sup>39</sup> Idem, p. 20.

fetichismo pela letra da lei e pelas formas como um fim em si mesmas deve ceder espaço a uma interpretação sistemática do direito processual. Assim, a hermenêutica fechada hermeticamente na literalidade das regras legais deve ser abandonada em privilégio da oxigenação do processo pelos valores e princípios constitucionais e infraconstitucionais, concretizando-se, ao máximo, todos os direitos.

Tal é o entendimento lecionado por João Batista Lopes, ao perceber com nitidez cristalina, como é imperiosa a aplicação dos institutos processuais de forma a se preservar a segurança do procedimento e, simultaneamente, garantir a instauração da justiça no seio social. Eis a lição do autor:

As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja, a pacificação com justiça. Expressões como ‘acesso à ordem jurídica justa’, ‘instrumentalidade substancial’, ‘efetividade do processo’, etc, resumem os escopos dessa moderna corrente processual que repele a idéia de processo como mero instrumento técnico.<sup>40</sup>

Necessário se faz, portanto, que o operador do Direito tenha uma visão holística do processo, devendo observar não apenas o objetivo jurídico de aplicação das normas processuais, mas, antes disso, os escopos sociais e políticos, pois estes são as raízes da gênese normativa e é mister realizá-los para que a pacificação social – fim último do Direito – seja conseguida.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> LOPES, João B.. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.20.

<sup>41</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43-44.

Enfim, resta plenamente ultrapassado o entendimento de que o acesso à Justiça se identifica com a mera possibilidade de acionar a jurisdição e de obter, a partir do processo, a prolação de uma sentença ou acórdão. Além disso, só há efetividade do processo e acesso à justiça quando, a par do ingresso em juízo, houver decisão adequada (que ofereça medidas idôneas para a realização do interesse tutelado), justa (em consonância com a ordem jurídica global e com os princípios dela iminentes) e útil (apta a gerar efeitos concretos). O processo, portanto, terá alcançado seus fins se houver, simultaneamente, a “admissão ao processo”, um determinado “modo de ser do processo”, a “justiça das decisões” e a “efetividade das decisões”.<sup>42</sup>

Sensível aos problemas crônicos da falta de efetividade do processo, como instrumento para concretização do direito e da justiça, o legislador – inspirado nos estudos doutrinários – aos poucos foi se desapegando de alguns velhos institutos do processo civil. Com tal ímpeto, foram implementadas algumas reformas legislativas que positivaram normas otimizadoras do sistema processual, oferecendo ao aplicador do Direito, novos instrumentos de agilização, de forma a se alcançar a efetiva prestação jurisdicional e torná-la mais justa, adequada e útil.

Dentre as referidas normas de otimização, está o artigo 475-J, que veio no bojo da reestruturação da sistemática da execução no Código de Processo Civil, visando – com a previsão de multa por descumprimento – dar mais coercitividade às decisões condenatórias ao pagamento de quantia líquida e certa e, em consequência, dar mais celeridade à execução de atos materiais para concretização da parte dispositiva dos julgados.

---

<sup>42</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35-37.

## **1 A dificuldade de interpretação do art. 475-J**

Desde a vigência da Lei 11.232/2005, há controvérsias sobre a necessidade ou não de intimação prévia do devedor para que haja a incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J, do Código de Processo Civil.

O art. 475-J expressa:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A celeuma criada em torno do dispositivo legal tem gerado interpretações variadas e, igualmente, procedimentos os mais distintos por parte dos magistrados, o que implica em situação de verdadeira incerteza jurídica para todos que atuam nos meios forenses, notadamente os advogados, sejam representantes do credor ou do devedor, efetivamente quem têm o dever de orientar e o direito de postular.

Tal inquietude levou o Fórum dos Juízes das Varas Cíveis, em reunião realizada no dia 27 de novembro de 2008, a aprovar um enunciado com o fim de buscar a uniformização de decisões acerca do tema em questão, na tentativa de acabar definitivamente com a diversidade de interpretações adotadas pelos juízes pernambucanos, privilegiando-se, mais uma vez, a estabilidade jurídica.

## **2 Os princípios do processo e a nova lei**

Há de se interpretar o art. 475-J, do CPC, analisando-o sob a ótica do verdadeiro propósito trazido

com as alterações da Lei n. 11.232/2005, alinhado aos princípios que norteiam o processo, notadamente a execução.

Não há dúvida quanto à intenção do legislador federal em privilegiar a celeridade, a duração razoável do processo e, principalmente, dar mais efetividade à execução. Tudo isso passa por um processo de mudança de paradigmas, sem que implique em inobservância dos princípios do devido processo legal, ampla defesa etc.

Em nada interfere o novo comando legal quanto à absoluta preservação dos princípios constitucionais citados, mas ao lado da ampla defesa, do devido processo legal, temos vários outros que devem ser observados sob pena de não se atingir o objetivo almejado.

Os princípios não devem ser aplicados individualmente, mas sempre de forma compatível uns com os outros.

Essa harmonia se revela fundamental para a garantia dos direitos individuais, sendo ponto inarredável do processo, de conhecimento ou executório.

Os princípios da celeridade, efetividade, menor onerosidade, duração razoável, todos devem caminhar a par e passo com o devido processo legal, corolário lógico de diversos outros princípios como a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

O desapego ao formalismo exagerado não implica em desrespeito aos princípios constitucionais, mas a preservação de uma nova realidade processual oriunda das recentes alterações do Código de Processo Civil, a qual deve ser temperada com bastante equilíbrio.

Contudo, deve-se fugir do formalismo exagerado, do rigor excessivo, capaz de desfigurar a nova roupagem que se deu à execução judicial, hoje cumprimento de sentença, capaz de reduzir significativamente o tempo

entre o ajuizamento da ação e a sua efetiva satisfação.

Antes se criticava a lei e se culpava o legislador pela morosidade. A crítica surgia da doutrina e dos julgadores. Agora, que nos deparamos com a oportunidade de tornar a justiça mais rápida, criamos vários obstáculos para que a efetividade não se cumpra. E então, a culpa será de quem agora?

### **3 Sentença líquida ou já liquidada**

É líquida a sentença condenatória em pedido certo, geradora de uma condenação por quantia certa, dependente apenas de mero cálculo e que dispensa a liquidação.

Muitas vezes, no entanto, a sentença condenatória pode delimitar apenas o débito, ou seja, o *an debeat*, pendente da liquidação para a verificação do *quantum debeat* (quantia devida).

O artigo 475-J se refere à condenação ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, implicando concluir que o *quantum debeat* é conhecido desde a sua prolação. Não há dúvidas, assim, em relação ao valor do débito.

### **4 Termo inicial do prazo de quinze dias**

Inexistindo dúvida quanto ao valor da condenação estipulada na sentença, parece-me que é razoável interpretar que o marco inicial da contagem do prazo de quinze dias, previsto no art. 475-J, é o trânsito em julgado.

Razoável tal entendimento porque a condenação com o trânsito em julgado torna-se definitiva e não mais

sujeita as partes a qualquer dúvida sobre a obrigação de pagar.

Por outro lado, a estipulação do termo inicial a partir do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, a toda evidência, traz tranquilidade e ameniza as críticas dos que sustentam a necessidade de intimação (às vezes até pessoal) porque assegura o pleno conhecimento do comando e torna a obrigação exigível de forma definitiva.

Portanto, a simples publicação da sentença servirá para dar ciência ao réu sobre a condenação, sendo obrigação do advogado dar ciência ao seu constituinte e adverti-lo acerca do prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário. Na hipótese de recurso, persiste o dever do advogado em acompanhar o resultado final e a fluência do prazo referido no art. 475-J, do CPC, de tudo comunicando ao seu cliente.

Tratando-se de réu revel, semelhantemente à regra do art. 322, do CPC, o prazo para o cumprimento da sentença correrá independentemente de intimação, bastando a mera publicação do ato.

E para afastar completamente o argumento de quem defende a intimação pessoal para a fluência do prazo de quinze dias, basta que se verifique o comando do § 1º, do art. 475-J, do CPC, onde prevê a intimação da penhora na pessoa do advogado como a forma primeira de ciência do ato, desde que o devedor, evidentemente, seja patrocinado por advogado.

Assim, não realizado o pagamento espontâneo, no prazo de 15 (quinze) dias, após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, há de imediato a incidência da multa de 10%, admitindo-se a pronta cobrança da quantia por simples requerimento do credor, acompanhado de planilha de cálculo já contemplando a multa-coerção, para fins de penhora.

Essa é a interpretação que melhor se enquadra ao novo processo de execução de título judicial por quantia certa, atendendo-se ao novo escopo da norma e à verdadeira intenção do legislador que, evidentemente, foi tornar a fase executiva

rápida e eficaz.

A interpretação em sentido contrário caminha na contramão das inovações trazidas, diametralmente oposta ao princípio da razoável duração do processo.

A estrita observância do preceito legal, assim, revela-se fundamental para o combate a chicana processual, a morosidade, além de punir o mau pagador e privilegiar a boa-fé processual.

## 5 O posicionamento doutrinário

Nessa mesma linha de entendimento, destacamos o posicionamento de Guilherme Rizzo Amaral:

Todavia, uma vez transitada em julgado a sentença (ou acórdão), cremos ser desnecessária a intimação do devedor para cumpri-la, bastando a simples ocorrência do trânsito em julgado para que se inicie o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento voluntário.<sup>43</sup>

E incisiva é a opinião de Elpídio Donizetti:

O termo inicial dos quinze dias previstos no art. 475-J do CPC deve ser o trânsito em julgado da sentença. Passado o prazo da lei, independentemente de nova intimação do advogado ou da parte para cumprir a obrigação, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação.<sup>44</sup>

Já Daniel Carnio Costa<sup>45</sup>, ao tratar do tema,

---

<sup>43</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Carlos Alberto de Oliveira (Coordenador)... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112.

<sup>44</sup> DONIZETTI, Elpídio. O novo processo de execução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 211.

<sup>45</sup> Segundo Daniel Carnio Costa: “Vários fundamentos indicam a desnecessidade de uma intimação específica do devedor para que a

comunga de entendimento segundo o qual o legislador, inspirado no sistema dos juizados, buscou simplificar a execução da sentença para dar mais rapidez ao processo, acarretando na dispensa da intimação do devedor para o cumprimento da sentença, bastando o simples trânsito em julgado.

Para Humberto Theodoro, o prazo de quinze dias se inicia, apenas, com o trânsito em julgado, sem fluência na execução provisória, dispensada a intimação do devedor.<sup>46</sup>

## 6 A posição da jurisprudência

O entendimento sobre a matéria estudada esteve por um bom tempo sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes arestos das Segunda e Terceira Turmas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO  
REGIMENTAL. LEI 11.232/2005.  
ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO  
DA SENTENÇA. MULTA. TERMO  
INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE  
VENCIDA. DESNECESSIDADE.  
SÚMULA 83/STJ.

---

fluência do prazo de pagamento voluntário tenha início. Por uma interpretação teleológica, afirma-se a desnecessidade dessa intimação específica, pois a reforma teve como objetivo extinguir a citação do devedor na execução, em consonância com o princípio constitucional da celeridade (o processo deve terminar em prazo razoável). Por uma interpretação sistemática, constata-se que a reforma teve inspiração no sistema dos Juizados Especiais, onde não existe a necessidade de intimação do devedor para cumprimento da sentença, bastando sua intimação da sentença transitada em julgado.” (Execução no Processo Civil Brasileiro. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94).

<sup>46</sup> THEODORO JR, Humberto. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença. 24ª ed. São Paulo: Leud, p. 574.

1. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la (REsp 954.859/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 27.08.07). O executado deve cumprir espontaneamente a obrigação, no prazo de quinze dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1024631/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/10/2008)<sup>47</sup>

LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.

2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.

3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.

(REsp 954.859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em

---

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cumprimento+de+senten%E7a+e+termo+inicial+e+multa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 06/12/2008.

16/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 252)<sup>48</sup>

Nos Tribunais Estaduais, o entendimento predominante é semelhante:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. MULTA PREVISTA NO ART. 475 - J CPC. Não há necessidade de intimação pessoal do devedor ou de seu advogado para autorizar a incidência da multa prevista no art. 475 - J do CPC. AGRAVO PROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 70026444216, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 13/11/2008)<sup>49</sup>

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO REVOGATÓRIA DE INTIMAÇÃO AO DEVEDOR PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO – AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO – APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Intimação realizada pelo serventuário, por delegação do juiz, não constitui decisão, mas sim, ato de impulso do processo, não se submetendo à preclusão e, por isso, pode ser revogada.

2. O prazo para cumprimento voluntário da

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cumprimento+de+senten%E7a+e+termo+inicial+e+multa+e+intima%E7%E3o+da+parte+vencida&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 06/12/2008.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em: 06/12/2008.

sentença, conta-se de seu trânsito, não se fazendo necessária intimação ao devedor, de sorte que o pagamento depois de expirado tal prazo, constitui motivo para incidência da multa prevista. 3. Recurso improvido. Unânime. (TJDF, 20080020079505AGI, Relator ESTEVAM MAIA, 4ª Turma Cível, julgado em 13/08/2008, DJ 27/08/2008 p. 89).<sup>50</sup>

Contudo, em decisão recentíssima, o Superior Tribunal de Justiça acena para o reinício da discussão, a partir do julgamento do REsp 940274/MS, exigindo-se a intimação pelo Juízo de primeiro grau na hipótese em que o trânsito em julgado se dá em instância superior, inclusive Tribunal de Justiça. Entendeu o STJ ser necessário, após a baixa dos autos, a oposição do “cumpra-se” e a posterior intimação do devedor para o decurso do prazo do art. 475-J.

Vejamos as últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. NEXIGIBILIDADE. 1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os

---

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61336,54351,24199&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>. Acesso em 06/12/2008.

arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do “cumpra-se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 940274/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado

em 07/04/2010, DJe 31/05/2010)<sup>51</sup>

EMENTA: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR, POR MEIO DE SEU ADVOGADO, PARA CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA DECISÃO.

1. A Corte Especial, a partir do julgamento do REsp 940.274/MS, em que foi Relator para acórdão o eminente Ministro João Otávio de Noronha (DJe de 31.5.2010), firmou orientação no sentido de que, para fins de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC, é dispensável a intimação pessoal do devedor para pagamento espontâneo do débito, bastando sua intimação por intermédio de seu advogado.

2. Retornando os autos ao Juízo a quo, basta a aposição do "cumpra-se" nos autos, com a intimação do devedor, por meio de seu advogado, para que se inicie o prazo de quinze dias previsto no art.

475-J do Código de Processo Civil para cumprimento espontâneo da condenação, sob pena de incidência da multa de 10% sobre o montante devido.

3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 1271570/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 22/09/2010)<sup>52</sup>

É importante esclarecer que o recente

---

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=REsp 940274 / MS#](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=REsp 940274 / MS#). Acesso em 21/11/2010.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>. Acesso em 21/11/2010.

entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 940274/MS, foi por maioria e, assim, reclama o aprofundamento da discussão e a uniformização da jurisprudência para que a segurança jurídica seja restabelecida.

A verdade é que tínhamos uma situação praticamente consolidada que, agora, diverge dentro do próprio STJ, destoa da maioria dos Tribunais de Justiça e da doutrina mais abalizada.

## **7 O enunciado n. 72 FVC-IMP**

Nessa mesma linha defendida neste trabalho, o Fórum das Varas Cíveis de Pernambuco, reunido no dia 27 de novembro de 2008, aprovou o seguinte enunciado:

Enunciado 72 FVC-IMP – “No cumprimento de sentença (art. 475-J do CPC), transitada em julgado a decisão que impôs condenação em quantia certa, sem o pagamento no prazo de quinze dias, há a imediata incidência da multa de 10% independentemente de nova intimação do devedor, pessoalmente ou por advogado.”

## **8 A Súmula n. 107 do Tribunal de Justiça de Pernambuco**

Em outubro de 2009, o TJPE, uniformizando o entendimento sobre a matéria, baixou a súmula n. 107 que adotou linha semelhante à defendida no presente estudo. Vejamos:

Súmula 107  
Órgão Julgador  
SEÇÃO CÍVEL  
Data do Julgamento

02/10/2009

Enunciado: “Na execução definitiva, a fluência do prazo para pagamento, nos termos do art. 475-J do CPC, independe de intimação pessoal do devedor ou de seu advogado.”

## **9 Da necessidade de aplicação do art. 475-J com a máxima efetividade**

Ao ampliar o elenco de medidas de coerção, em privilégio à celeridade garantidora da realização dos direitos do jurisdicionado, andou bem o Legislativo, em sintonia com as tendências comungadas por destacados processualistas, como Marinoni, que aduz:

[...] todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, isto é, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais.<sup>53</sup>

Ora, como demonstrado ao longo deste trabalho, não há nenhum óbice jurídico à incidência da multa prevista no art. 475-J, independentemente de intimação e logo após o trânsito em julgado do decisório. Antes, todos os princípios processuais com sede na Constituição e nas leis são respeitados e a dispensa do ato intimatório torna-se, portanto, recomendável para a promoção da celeridade e da efetividade do processo.

Embora seja natural ao ser humano desconfiar

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

daquilo que é novo e desconhecido, todo o misoneísmo deve ser repellido. Não é de bom grado ao aplicador do Direito – sobretudo o magistrado – sob o argumento de respeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório, anular o comando inerente ao artigo 475-J, instrumento de agilização e efetivação da execução. Há sempre a possibilidade de impugnação (art. 475-L), o que garante o contraditório e a plena observância do *due process of law*.

Assim, não se justifica que o juiz, apegado ao formalismo e fundado em preconceitos, torne inócua a intenção do legislador de concretizar o princípio da celeridade processual, hoje explícito no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Antes, o magistrado deve interpretar o dispositivo legal de forma a dar a máxima efetividade aos valores promovidos pela lei, em favor do jurisdicionado e da distribuição da justiça. Sobre essa problemática, assevera Dinamarco:

É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.<sup>54</sup>

E mais, face aos vários problemas internos e externos do Poder Judiciário, os quais contribuem sobremaneira para o retardamento da prestação jurisdicional, é inadmissível que o legislador alce velas ao

---

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 297.

vento, em direção ao aperfeiçoamento da efetividade do processo, enquanto o magistrado lança a âncora no formalismo descabido, impedindo a evolução da praxis processual. Se o Judiciário não possui os meios necessários à resolução plena de todos os males que dificultam a sua atividade, ao menos os instrumentos normativos confiados pelo legislador devem ser utilizados da forma mais ampla e eficaz quanto possível.

## **Conclusão**

Do estudo acima, é possível concluir:

1) O prazo de quinze dias para o pagamento voluntário, tratando-se de sentença condenatória em quantia certa não dependente de liquidação (ou já liquidada), começa a fluir a partir do trânsito em julgado ou da liquidação, independentemente de intimação específica.

2) No pedido de cumprimento de sentença (art. 475-J) o credor apresentará planilha com o acréscimo da multa de 10%, decorrente da falta de cumprimento espontâneo da obrigação, admitindo-se de plano a penhora de bens.

3) Ante o surgimento das últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça, contrárias ao posicionamento anterior que se apresentava pacífico, revela-se a necessidade urgente daquele Órgão uniformizar o entendimento com a aprovação de súmula sobre a matéria, com a finalidade de orientar de forma definitiva as instâncias inferiores.

## **Referências**

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cumprimento+de+senten%E7a+e+termo+inicial+e+multa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 06/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cumprimento+de+senten%E7a+e+termo+inicial+e+multa+e+intima%E7%E3o+da+parte+vencida&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 06/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61336,54351,24199&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>. Acesso em 06/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em: 06/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=REsp 940274 / MS#](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=REsp 940274 / MS#). Acesso em 21/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>. Acesso em 21/11/2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Daniel Carnio. Execução no Processo Civil Brasileiro. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DONIZETTI, Elpídio. O novo processo de execução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JR, Humberto. Processo de execução e cumprimento de sentença. 24ª ed. São Paulo: Leud.

# Dívida de cônjuges: diálogo processual com o direito civil. Primeiras reflexões<sup>55</sup>

Jones Figueirêdo Alves<sup>56</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 Incursão temática: dívidas comuns. 2 Situação das dívidas nos regimes de bens. 3 Dívidas de ilicitude. 4 Dívidas conjugais. Penhora e defesa da meação. 5 Dívidas alimentares. 6 Problematizações pontuais. Reflexões conclusivas.

## Introdução

Há um incompreensível e inexorável *deficit* bibliográfico, na dogmática jurídica brasileira, acerca do tema dívida dos cônjuges, permanecendo inexplorado em sua conveniente análise. Exortam-se estudos de magnitude teórica e prática, capazes de uma abordagem verticalizada a respeito.

Talvez não por outra razão senão pela falta de uma disciplina legal sistematizada, nas codificações civil e processual civil do direito pátrio, a exprimir com melhor estrutura normativa, a responsabilidade patrimonial no casamento ou na união estável (união de fato), em perfazimento da responsabilidade por dívidas perante terceiros.

---

<sup>55</sup> Texto resumido da palestra *Dívidas de Cônjuges no Direito Brasileiro*, proferida em Curso *A Reforma da Ação Executiva no Brasil e em Portugal*, na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (UCL), Lisboa, (PT); em painel com a participação do professor Jorge Teixeira de Sousa, em 23 de fevereiro de 2011.

<sup>56</sup> Jones Figueirêdo Alves é Desembargador decano do TJPE e Diretor do Centro de Estudos Judiciários – CEJ biênio 2012/2014.

No ponto, bem é dizer, segundo a feliz assertiva do Professor Rui Pinto, que o regime processual da penhora por obrigações pecuniárias contraídas pelos cônjuges só é compreensível no quadro das normas do direito civil que fixam a responsabilidade subjectiva e a responsabilidade objectiva por aquelas obrigações, dependendo, em especial, esta última do regime de bens do casamento.

Esse eixo de compreensão, deve servir de instrumento diretivo a qualquer aprofundamento ao tema, construindo permanente diálogo de fontes do processo civil com o direito civil, na tarefa de proposições reflexivas que aqui, adiante, serão alinhadas.

O direito lusitano, bem diferentemente, tem contribuído com dedicada e intensa pesquisa, enfatizando, inclusive, pela necessidade de “consagrar um regime especial sobre a responsabilidade por dívidas dos cônjuges, para além do Direito comum das Obrigações”<sup>57</sup>.

A esse desiderato, Cristina Araújo Dias, destaca que o regime regulado no Código Civil português tem presente que a relação conjugal impõe uma obrigação de comunhão de vida que implica, necessariamente uma certa osmose patrimonial, mas não se tem um regime em que se assiste a uma completa separação de patrimônios responsáveis, cada um, pelas respectivas dívidas.

Essa realidade – diz ela – exige uma regulamentação própria e especial para as dívidas dos cônjuges que procura conciliar a vida conjugal e a interpenetração patrimonial, por um lado, e o equilíbrio entre os diferentes patrimônios existentes e uma certa proteção dos terceiros credores, por outro lado.

---

<sup>57</sup> DIAS, Cristina M. Araújo. *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges: problemas, críticas e sugestões*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 1.161.

Isto porque, como bem adverte Rui Pinto, doutrina e jurisprudência controvertem

quanto à legitimidade, objeto e termos da cobrança de uma dívida que seja da responsabilidade singular ou que seja da responsabilidade de ambos.

Certo é, porém – como se observa – a doutrina lusitana, de há muito, vem propiciando especial atenção à análise da responsabilidade dos cônjuges por dívidas do casal.

Os estudos de Rui Pinto sobre o tema – *A penhora por dívidas dos cônjuges*, (Lisboa, Lex, 1993), e mais recentemente, o ensaio *Execução Civil de dívida de cônjuges. Novas reflexões sobre um velho problema* – e as obras processuais de ação executiva, do Professor Doutor Teixeira de Sousa, tem aperfeiçoado o debate doutrinário. Este último, inclusive, com clareza ímpar, exalta que “a dívida comum apenas pode ser executada colectivamente, sob pena de violação do regime substantivo<sup>58</sup>”. Em boa nota, se a dívida existente resultou contraída pelos cônjuges, em conjunto, a execução haverá de ser aforada contra ambos.

Nada mais semelhante, quando se tem na doutrina de Antunes Varella, a compreensão de os bens comuns, respondendo pelas dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges, constituírem, nos regimes de comunhão, um património coletivo de afetação especial<sup>59</sup>.

Ao depois, seguem-se o ensaio de Manuel António Pita (1998)<sup>60</sup> e a obra *Do regime da*

---

<sup>58</sup> Apud RUI PINTO. *Execução civil de dívidas de cônjuges. Novas reflexões sobre um velho problema*.

<sup>59</sup> No regime de separação formam apenas objecto duma relação de compropriedade. VARELLA, Antunes. *Família*, 1987, p. 394.

<sup>60</sup> PITA, Manoel António. *Execução por dívidas dos cônjuges*. Processo ordinário para pagamento de quantia certa. Alguns Aspectos. **In** AAVV,

*Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges. Problemas, Críticas e Sugestões* (Coimbra, 2009), de Cristina Araújo Dias, em dissertação de seu doutoramento, na Universidade do Minho, tudo a servir de importantes contribuições.

Nesse contexto, finca-se oportuno lembrar que o Código Civil português, dedica uma seção (II) ao Capítulo IX do Título II do Livro do Direito de Família (Livro IV), reservada à disciplina das dívidas dos cônjuges, antes mesmo de cuidar dos regimes de bens (artigos 1.690º a 1.697º).

No mesmo diapasão, o Código de Processo Civil lusitano disciplina, com especificidades, a penhora de bens comuns do casal, apta a promover a eficácia da execução (art. 825º) e o estatuto processual do cônjuge do executado (art. 864º), admitido a deduzir oposição à execução ou à penhora e a exercer todos os direitos que a lei processual confere ao executado.

Pois bem.

No direito brasileiro, a execução de dívidas dos cônjuges padece de um modelo sistemático, em alinhamento de classe dos bens, segundo os regimes patrimoniais preordenados ao casamento, ou nele alterados, e distinguidas as classes, estabelecer a definida exequibilidade concernente a esses bens, uns e outros, segundo a origem, o tempo do fato criador da obrigação e o regime.

Mais que isso, como essas relações jurídicas de responsabilidade devem ser aferidas ao tempo do incumprimento das obrigações, no processo de execução ou de ações executivas para a efetiva realização do crédito de terceiros. Certo que cada cônjuge responde por “dívidas próprias”, como legitimados ordinários primários, vale

---

ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora, organização de Antunes Varela, D. Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 811-844.

anotar que as “dívidas comuns” ou as “pessoais” do cônjuge, podem expor os bens do outro à execução.

Assim, impende avaliar, precisamente, como deve operar-se, em efetivo, a sujeição dos bens do cônjuge à execução, em conformidade com os regimes de bens e com o alcance finalístico das dívidas assumidas.

Retenha-se essa conformidade a partir do regime da comunhão universal, que importa, não somente a comunicação de todos os bens, decorrente de uma “comunhão unitária”, mas, igualmente, a comunicabilidade das dívidas, tratada de forma generalizada, como se extrai do artigo 1.667 do atual Código Civil, de 2002, *in verbis*:

O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

A premissa de base, afinal, é a discutida aplicação matriz e incidência do art. 592, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro, quando dispõe:

*Artigo 592, IV - Ficam sujeitos à execução os bens do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida.*

Os casos em questão, versados na norma processual, são os que a lei substantiva estabelece.

A mais imediata configuração casuística impõe, daí, apontar uma estrutura normativa básica seguinte:

- (i) a regra geral de que pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados somente por um dos cônjuges, responderão os bens particulares do obrigado e os comuns até o limite da meação (artigos 1.644, 1.663, par. 1º, 1.644 e 1.666);
- (ii) a regra de essa incomunicabilidade cessar diante de as obrigações terem sido contraídas, em benefício da família, ou seja, com proveito comum (art. 1.644);

(iii) a regra de não se sujeitar a meação do cônjuge à dívida exclusiva do outro cônjuge.

## **1 Incursão temática: dívidas comuns**

Assentadas estas primeiras colocações, cuide-se, antes de mais, acerca das dívidas comuns.

As primeiras dívidas são, com identidade lógica, as contraídas por origem de economia doméstica, como se extrai do art. 1.643, incs. I e II do Código Civil brasileiro, onde os cônjuges, independente da autorização do outro, podem comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica ou obter por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir. No caso, dívidas contraídas com essa origem, obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

Em tal espécie de dívida, chamada de despesas correntes, os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, na forma do artigo 1.664 do Código Civil brasileiro.

No regime de separação de bens, seja o convencional (artigo 1.687, CC) seja o obrigatório (artigo 1.641, CC), observe-se que, embora as dívidas contraídas por um dos cônjuges seja incomunicável, quando se tratar de dívida fundada na administração doméstica, a obrigação também será comum, respondendo ambos.

No mesmo universo jurídico, situam-se as dívidas contraídas em função da administração dos bens comuns, que compete a qualquer dos cônjuges (art. 1.663, CC) e obriga a ambos, vinculando todo o patrimônio. Essas dívidas obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro “na razão do proveito que houver auferido” (artigo 1.663, par. 1º, CC). E no caso da

administração exclusiva dos bens comuns, por um dos cônjuges, sujeita-se o patrimônio particular desse, de forma subsidiária.

No mais que interessa, sublinha-se que as dívidas comuns serão todas aquelas assumidas por ambos os cônjuges, respondendo os bens próprios de cada um deles, na forma subsidiária.

Em menos palavras, as dívidas contraídas em proveito comum alcançam os bens comuns ou, como expressa Rui Pinto, na versão do artigo 1.695 do CC português, “a dívida do casal que seja da titularidade ou do interesse de ambos deve ser suportada pelos bens de ambos”.

Exemplo a citar são as dívidas que oneram bens comuns, sempre da responsabilidade comum dos cônjuges (art. 1.694, CC português).

Diversamente ocorre, quando se cogitam de dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares, e em benefício destes, não obrigando os bens comuns (art. 1.666, CC).

Cabe aqui, aviventar questão de fundo, de expressivo significado.

O “proveito comum” que obriga ambos os cônjuges é o que se revela na intenção objetiva e não subjetiva da dívida contraída, de modo a que possa ser ela considerada aplicada com este fim e não aferida propriamente pelo resultado efetivo quando este pode até apresentar prejuízos conforme Pereira Coelho (1977, p. 348-349).

A responsabilidade tornada comum emana, portanto, do proveito comum intentado. Mais precisamente, como de há muito, a jurisprudência lusitana vem traduzindo:

Para haver responsabilidade comum pelas dívidas contraídas por um cônjuge não é necessário que do vínculo obrigacional

advenha efetivamente um proveito para o casal, bastando a simples expectativa dele; mas é indispensável que essa possibilidade resulte da própria constituição da dívida e não reflexamente dela.<sup>61</sup>

Em ser assim, deve-se provar o fato material do interesse de proveito comum do casal, em constituição da dívida, aí se entendendo, a todos os casos, atribuir-se ao credor o ônus da prova quanto ao proveito parcial ou total da dívida em benefício do cônjuge do devedor.

Essa diretiva guarda mesma identidade no direito brasileiro.

A matéria da responsabilidade executória secundária do cônjuge, imposta por lei (art. 592, IV, CPC), repousa, portanto, segundo o magistério de Misael Montenegro Filho<sup>62</sup>, no liame do proveito familiar, a exemplo quando a esposa figura como avalista em contrato bancário, envolvendo a tomada de empréstimo para saldar dívidas acumuladas.

Assentada a responsabilidade conjunta, por dívidas comuns ou comunicáveis, nenhuma controvérsia há de subsistir. A penhora incidirá sobre os bens comuns do casal ou, em face da falta ou insuficiência deles, nos bens próprios.

Nesse viés, vale, de passagem, referir acerca da possibilidade ou não de a execução poder ser instaurada contra o cônjuge que não figura no título como executado.

Anoto interessante Acórdão da Seção Cível do Tribunal de Relação de Coimbra, de 06 de março de 2007, Távora Vitor, ostentando caso de ação executiva onde trata

---

<sup>61</sup> Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. 14.04.1972. Boletim do Ministério da Justiça n. 216<sup>o</sup>, p. 155; 02. Idem, 20.12.1977. Idem, n. 272<sup>o</sup>, p. 255.

<sup>62</sup> MISAEL, Montenegro Filho. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2010.

de responsabilizar aquele pelas dívidas contraídas pelo subscritor do título das quais resultou alegadamente proveito comum. Com a reforma processual portuguesa de 2003 (Decreto n. 200, de 10.09) permitiu-se a possibilidade de a execução prosseguir contra o cônjuge não executado, quando o exequente tenha fundamentadamente alegado que a dívida, constante de título diverso de sentença é comum, cabendo ao credor exequente invocar contra o cônjuge que não figura no título executivo, a comunicabilidade da dívida.

Há de se reconhecer, portanto, avanço processual no direito português, otimizando a execução.

Nesse passo, impende, em sequência, incursão a respeito das dívidas, em sede dos regimes de bens.

## **2 Situação das dívidas nos regimes de bens**

### **a) Regime de separação de bens**

No regime onde estipulada ou compulsória a separação de bens, estes bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real (art. 1.687, CC). Isto implica que em dívidas contraídas por um deles somente o devedor deverá responder por elas, porque se tratam de dívidas incomunicáveis. De outro modo dir-se-á com Rui Pinto, que nesse regime inexistem relações de subsidiariedade na responsabilidade por dívidas de cônjuges casados com separação de bens.

Sucedo, todavia, que vindo o cônjuge, em tal regime, contrair dívida, cujo valor reverta em benefício do consorte, e não dispondo de bens para o pagamento, poderá ocorrer penhora subsidiária em bens do favorecido. Esta extensão tem sido defendida pela doutrina e pela jurisprudência.

Resulta, pois, avaliar o critério pelo qual a responsabilidade será distribuída entre os cônjuges.

A tanto, tem sido sustentado que o critério de contribuição para os gastos de família, na fórmula do artigo 1.688 do Código Civil, deverá ser o mesmo para equacionar a participação responsável na dívida em questão. Ou seja, a contribuição *ad onera matrimonii ferenda*, onde cada cônjuge contribui para os encargos domésticos, na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens (salvo estipulação em contrário no pacto nupcial) deve servir de mesma fórmula proporcional à responsabilização subsidiária.

Com precisão temática, Paulo Nader proclama que “se os ganhos do marido são o dobro dos rendimentos da mulher, aquele deverá contribuir em dobro no ato de ressarcimento”<sup>63</sup>.

## **b) Regime de comunhão parcial**

No estatuto patrimonial de regime de comunhão parcial, denominado com maior explicitude, no direito português, de comunhão de adquiridos, regime supletivo do artigo 1.717, dentre todos os demais, e tornado no Brasil, a partir de 1977, o regime padrão aplicável, como regime legal dispositivo à falta de convenção diversa de opção dos nubentes (substituindo o regime da comunhão universal, adotado como oficial, desde as Ordenações) os bens tipificados são aqueles auferidos na constância do casamento. Excluem-se, portanto, os bens havidos antes dele.

Neste regime, o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos, na constância do casamento,

---

<sup>63</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

a título oneroso, são bens comuns e os bens próprios, todos os demais.

Então, a premissa imediata é a de que créditos e débitos anteriores ao casamento não se arrastam à comunhão, cujo patrimônio comum será constituído apenas por novos bens. Em bom rigor, três patrimônios integrarão o regime, os de cada um dos cônjuges e o comum ao casal, os primeiros representando os bens particulares, elencados que se acham na regra geral do artigo 1.659 do Código Civil.

Com efeito, as dívidas, a esta altura, somente serão comunicáveis, se contraídas durante o casamento.

Pormenor, todavia, se impõe referir, acerca da incomunicabilidade dos bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, como se extrai do artigo 1.661 do Código Civil. Temos, então, a seguinte hipótese:

No pressuposto da imposição da incomunicabilidade, o bem que seja adquirido antes do casamento, mas cujas determinadas prestações sejam pagas no curso dele, torna-se, ainda assim, bem particular e as dívidas concernentes não comunicáveis? Eis a questão.

A causa anterior ao casamento disposta no artigo não induz, necessariamente, a incomunicabilidade, que se entende somente perfeita pela aquisição diferida por condição ou termo, ou com o título aquisitivo do bem.

Logo, uma primeira conclusão se apresenta: as parcelas pagas do financiamento podem ser incluídas na comunhão de adquiridos, em face do regime existente da comunhão parcial, caso onde o cônjuge não adquirente do bem tenha a elas contribuído, no curso do casamento, com seus recursos particulares ou tenham sido as prestações adimplidas com recursos comuns do casal.

Neste sentido, pontifica o julgado:

[...] O fato de o marido ter adquirido o imóvel antes do casamento não elimina o direito da mulher de ver incluída na

comunhão a parcela paga a título de financiamento, durante o casamento [...]. (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 246613/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2000)<sup>64</sup>.

Em ser assim, as parcelas devidas e impagas também alcançam ambos os cônjuges, sujeitando outros bens, além dos bens particulares e, por igual, afeta a meação?

A resposta é sim, por identidade de razões, em coerência com a comunicabilidade do bem, sempre que provado o concurso do outro cônjuge, a essa nova realidade comunheira.

Outra conclusão é a de que o sentido da causa anterior, bem pode situar-se, apenas, no paradigma fornecido por Maria Helena Diniz, pelo exemplo de uma venda a crédito de um bem, cujo valor é somente entregue ao vendedor, após seu casamento, quando sob o regime de comunhão parcial, caso em que o outro cônjuge nada terá direito (conferir Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal). Ou seja, créditos e débitos não exortam o mesmo tratamento jurídico, cumprindo-se aferir, em todos eles, as suas especificidades no alcance da penhorabilidade dos bens.

### **c) Regime de comunhão universal**

Por estrutura do regime de comunhão universal, explícito que predomina a comunicabilidade dos bens, as

---

<sup>64</sup> STJ. – REsp. n. 246613: Comunhão parcial. Partilha. Meação. Imóvel adquirido pelo marido antes do casamento. O fato de o marido ter adquirido o imóvel antes do casamento não elimina o direito da mulher de ver incluída na comunhão a parcela paga a título de financiamento, durante o casamento. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 06.04.2000; DJU de 22.05.2000, p. 117).

dívidas comuns são suportadas pelo patrimônio comum, na forma do artigo 1.667 do Código Civil.

Nesse regime, caracterizado pela integração absoluta do patrimônio particular de cada cônjuge com o patrimônio comum, em totalidade de bens, o cônjuge devedor, sujeito passivo da obrigação, deverá atender as suas dívidas com seus bens, particulares e os comuns, no limite de sua meação, correspondendo à metade do acervo comunitário.

Assim, como disposição geral, a meação do outro cônjuge responderá, por igual, pelas obrigações, somente quando contraídas com repercussão direta ou indireta na formação do patrimônio comum ou tenham beneficiado a ambos.

#### **d) Regime de participação final nos aquestos**

A seu turno, o regime de participação final nos aquestos, disposto no artigo 1.672 do CC, cada cônjuge possui patrimônio próprio, sobre cujos bens tem administração exclusiva, cabendo à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Com a mesma diretiva, pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges, no decurso do casamento, somente este responderá (1.677, CC), prevalecendo, identicamente, a ressalva do proveito comum ou em benefício do outro.

### **3 Dívidas de ilicitude**

Nessa toada, abre-se um novo capítulo de abordagem, com emprego de atenção às dividas de ilicitude.

Nas dívidas decorrentes de atos ilícitos, a comunhão patrimonial não é chamada a responder, ficando

na esfera da estrita pessoalidade do cônjuge obrigado a indenizar. Ilícito pessoal, pessoal também é a dívida correspondente, como já consagrava Carvalho Santos<sup>65</sup>.

Excluídas da comunhão referidas obrigações, conforme dita o artigo 1.659, inciso IV, do Código Civil, dentro dessa latitude nada mais claro que os recursos financeiros para o adimplemento da dívida devam corresponder aos próprios recursos do cônjuge devedor, no que afeta ao seu patrimônio particular.

Sucedo, entretanto, hipótese em que não possua aquele, bens particulares ou os possuindo sejam os mesmos insuficientes.

Segundo alguns autores, a penhora recairá, conforme sustenta a doutrina de Pontes de Miranda<sup>66</sup> e de Santiago Dantas<sup>67</sup> na meação, “procedendo-se ao acerto de contas, posteriormente, em caso de dissolução da sociedade conjugal.”<sup>68</sup>

Lado outro, dissenso doutrinário tem sido erguido, ante a não exclusão expressa da comunhão, das dívidas de ilicitude, quando se trata do regime de comunhão universal. De fato. Sabido que eram excluídas as obrigações provenientes de atos ilícitos, no artigo 263, VI, do Código Civil de 1916, não há correspondente no atual Código, restando omissis, no ponto, o artigo 1.668. Entretanto, no que refere ao regime de separação parcial de bens, a dicção excludente está expressa na lei (art. 1.659, IV), alguns

---

<sup>65</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

<sup>66</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1955.

<sup>67</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

<sup>68</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

entendendo, somente por isso, ocorrer uma opção legislativa para a comunicação de tais dívidas, naquele regime<sup>69</sup>.

Diverge, com ênfase, Mairan Maia Júnior<sup>70</sup>, apontando a natureza pessoal da obrigação, dívida de valor atribuída a quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, ficando obrigado a repará-lo, conforme expressão do art. 186 do Código Civil.

De mais a mais, o mesmo entendimento repousa na Súmula n. 251 do Superior Tribunal de Justiça, indicando o verbete que a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

Diante do preceito sumulado, estaremos, então, diante de hipótese diversa, a de o cônjuge não autor da conduta ilícita, haver auferido, de alguma forma, vantagem decorrente. Nessa situação, já prevista pela ressalva do referido inciso IV do artigo 1.659 do Código Civil, a de reversão em proveito do casal, a obrigação torna-se comum, alcançando todos os bens.

Abordagem igualmente relevante se apresenta, no trato da responsabilidade patrimonial civil, em face de atos de terceiro incapaz. Mais precisamente, nas situações de dívida decorrente de responsabilidade dos cônjuges, enquanto pais, pelos danos causados por filho do casal. Os pais, mesmo que casados sob o regime de separação de bens, respondem ambos por essa dívida de ilicitude de terceiro, o filho causador do dano.

---

<sup>69</sup> Nessa linha de entendimento: GUEDES, Jefferson Carus. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. 15, 2005, p. 173.

<sup>70</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O Regime da Comunhão Parcial de Bens no Casamento e na União Estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Em tipicidade dessa dívida, pode ocorrer situação onde um dos genitores tenha a guarda singular do filho, e na hipótese, julgados admitem que para subsistir a responsabilidade do pai pelo ato lesivo do filho torna-se indispensável que o tenha não apenas sob o exercício do poder parental, mas em sua companhia.

Entendimento que se depreende, aliás, do próprio texto legal do art. 932, I, Código Civil, face cláusula ali contida de serem os pais responsáveis, pelos filhos menores, à reparação civil, desde que estejam “sob sua autoridade e em sua companhia”.

De tal ordem, as dívidas não se comunicam.

Todas essas premissas de base material convergem, agora, para um olhar vertical na estrutura processual da responsabilidade conjugal executória e a penhorabilidade nos bens que devam ser constrictos judicialmente.

#### **4 Dívidas conjugais. Penhora e defesa da meação**

No regime de comunhão universal e no de comunhão parcial dos bens, sabe-se que o patrimônio do cônjuge integrado em um acervo comum, se constitui na meação e representa direito que se lhe reconhece na proporção ideal e indivisa do patrimônio conjugal. No mais, em regime de comunhão universal, onde os bens particulares de cada cônjuge se comunicam e que com os bens comuns configuram uma massa patrimonial única, de titularidade mútua, a meação também se indica alcançada pelas obrigações particulares e comuns do outro cônjuge.

Doutra banda, resulta gizado que pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor, e

subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns (artigo 1.696 do CC português).

Caso é saber, entretanto, quando e como, a defesa da meação se aperfeiçoa no sentido prático de não ser esse patrimônio de ametade alcançado na execução de dívidas, em razão delas, ou ainda, quiçá, em razão da natureza do bem.

Aliás, o exercício de defesa do cônjuge alheio à execução atua multifacetado, a exemplo da invocação de preferência legal pela aquisição do bem penhorado (art. 504, CPC), da arguição de possibilidade de divisão do bem (art. 683, CPC, c/c art. 87, CC), da impugnação avaliatória para garantia do valor real da cota-parte e de embargos de terceiro (Art. 1.046, CPC).

Antes de mais, oportuno acentuar que a comunhão, pelo seu estado de indivisão, não está a permitir, em regra, a “identificação ou individualização dos bens que a compõem”, servindo a palavra autorizada de Mairan Maia Júnior para dizer, ainda, que tal estado

não pode ser objeto de disposição ou divisão pelo cônjuge, ainda que o outro consinta, uma vez que as metades encontram-se permanentemente unidas enquanto subsistir o estado de comunhão.<sup>71</sup>

Acrescente-se a isso, no arrimo da jurisprudência, que

a exclusão da meação do cônjuge deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio (STJ - REsp. n. 200.251/SP).<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O Regime da Comunhão Parcial de Bens no Casamento e na União Estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>72</sup> STJ – 4ª Turma, REsp. n. 200.251/SP: “(...) A exclusão da meação do cônjuge deve ser considerada em cada bem do casal e não na

Em outras palavras, a dicção dos pretórios, está a dizer:

A execução não é ação divisória, pelo que inviável proceder a partilha de todo o patrimônio do casal a atribuir a cada qual os bens que lhe cabem por inteiro. Deste modo, a proteção da meação deve ser aferida sobre cada bem de forma individualizada e não sobre a totalidade do bem. (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 708.143-MA, Rel. Min. Jorge Scartezenni, julgado em 06.02.2007). Isto à míngua de uma melhor disciplina legal.

Contudo, uma reflexão imediata avoca o princípio insíto do artigo 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor.

Princípio humanitário, o da perfeita adequação, cuja tendência humanizadora busca a menor onerosidade possível e introduz, por igual, na tutela jurisdicional executiva uma medida da proporcionalidade.<sup>73</sup>

Ainda que incontroverso o devedor responder com seus bens (art. 591, CPC) e a execução dever ser feita no interesse do credor (art. 612, CPC), o princípio de proporcionalidade na execução civil se oferece convocado

---

indiscriminada totalidade do patrimônio. (REsp. 200.251/SP). Recurso Especial não conhecido”. (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 434.681/RS, Rel. Min. Barros Monteiro; DJU, de 24.02.2003). Ainda: A execução não é ação divisória, pelo que inviável proceder a partilha de todo o patrimônio do casal a atribuir a cada qual os bens que lhe cabem por inteiro. Deste modo, a proteção da meação deve ser aferida sobre cada bem de forma individualizada e não sobre a totalidade do bem. (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 708.143-MA, Rel. Min. Jorge Scartezenni, julgado em 06.02.2007).

<sup>73</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*. In: Execução Civil e cumprimento da sentença. BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.); São Paulo: Método, 2006, p. 295-328.

ao artigo 620 do Estatuto Processual, para tornar claro não ser admitida oneração injustificada do devedor.

Exatamente por isso, na execução de dívidas de cônjuges e sob o influxo de tais princípios, determinadas situações ou circunstâncias devam preservar a totalidade do bem, o insubordinando, de logo, a uma execução forçada, quando a defesa da meação compreender, em última *ratio*, a efetividade do antes referido princípio, tal como sucede em proteção ao bem de família.

É o caso de, em oposição à penhora, entender-se relativa a ordem de nomeação de bens prevista no art. 655 do CPC. Não apenas em proveito das partes do processo executivo, mas do terceiro especial, o cônjuge, em face da sua meação.

De tal conduto, sucede a aplicação do princípio da proporcionalidade, como sugerida em acórdão paradigma, onde resulta assente

a gradação legal há ter em conta, de um lado, o objetivo de satisfação do crédito e, de outro, a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios é que deve nortear a interpretação da lei processual, especificamente os artigos 655, 656 e 620º do CPC. (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 167.158-PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueirêdo Teixeira, julgado em 17.06.1999).

Assim, imaginemos que o cônjuge executado disponha de bem cujo proveito econômico indique uma maior utilidade prática ao patrimônio familiar e tenha sido esse bem comum penhorado. Tudo recomenda a desconstituição judicial da penhora, em favor da indicação de outros bens, de menor eficiência potencial àquele proveito. Nesse caso, relativiza-se a ordem, devendo ser aceita a substituição da penhora.

Daí se entender que, na execução civil, a necessidade de proteção adequada à meação, de forma substancial, pela integralidade do bem inserido no patrimônio familiar, orienta, no caso concreto, o *favor debitoris* inspirado no artigo 620 do Código de Processo Civil.

Estamos em que essa aplicação de princípio, reveste-se da mesma funcionalidade que já opera o instituto do bem de família, tornando-o impenhorável nos termos da Lei n. 8.009, de 1990. Nesse último caso, a impenhorabilidade da meação impede que a totalidade do bem seja alienada em hasta pública (STJ – 3ª Turma, REsp. n. 931196-RJ).

Essa visão indutora de tutela de dignidade, ressalta, por certo, maiores estudos.

Mas se assim o é, por relevo, à guisa de invocar-se o princípio de dignidade familiar, que também se extrai tutelado pelo artigo 620 do Código de Processo Civil, quanto se trate de dívidas de cônjuges, outro tema controvertido diz respeito à leitura do art. 655-B, do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei n. 11.362, de 2006.

Vejamos onde se instala a controvérsia:

À partida, o preceito eficaziza uma garantia da meação do cônjuge alheio à execução quando da penhora de bem imóvel, recaindo aquela sobre o produto da alienação do bem.

Esta novel previsão legal tem origem e invoca o escólio consolidado da jurisprudência, a consagrar a possibilidade de o bem indivisível de propriedade comum do casal, em razão do regime de casamento adotado, ser levado à hasta pública em sua totalidade, desde que reservada ao cônjuge meeiro a metade do valor obtido (REsp. ns. 200.251-SP, 439.542-RJ e EREsp. n. 111.179-SP).

Bem por isso, há quem sustente ausência de interesse processual do cônjuge para o manejo de embargos de terceiro, presente a redação do novo dispositivo, eis que a meação, já se achará resguardada, *ex vi legis*, pelo preço da arrematação do bem indiviso.

Nada obstante a expressão da lei, penso que, efetivamente, a defesa da meação deve se permitir exercida em todas as latitudes do processo.

A tanto que, incidente a penhora sobre o bem imóvel, importa a intimação do cônjuge do devedor (art. 655, par. 2º, CPC), ainda que casado com separação de bens (STJ – REsp. n. 252.854) essencial à validade dos atos processuais subsequentes, configurando-se um litisconsórcio necessário ulterior.

Em verdade, como adverte Mairan Maia Júnior, a cientificação necessária deflui da conveniente e oportuna defesa da meação, e sua falta, a insciência do cônjuge do devedor, terceiro em relação ao processo executivo, concorre em visível prejuízo à proteção do patrimônio familiar.

## **5 Dívidas alimentares**

Nessa esteira, surge a lume, outro tema de interesse, versando sobre as dívidas alimentares.

As dívidas alimentares possibilitam que a meação do cônjuge possa ser penhorada pelo outro ou por credores com o mesmo título, em execução por quantia certa para o pagamento da pensão em débito.

São dívidas que obrigam os bens comuns, mas não responsabilizam bens próprios do outro cônjuge.

Importa anotar, do ponto de vista processual, que essa espécie de dívida, a todo rigor, minimizam as regras de impenhorabilidade, não apenas diante da ressalva

feita no artigo 649, IV, Código de Processo Civil, em penhora de vencimentos, soldos e salários, atingindo, também, bens necessários ou úteis à profissão do devedor.

Para além disso, a impenhorabilidade do bem de família, tratada na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, não é oponível ao credor de pensão alimentícia, à vista da exclusão expressa em seu artigo 3º, inciso III.

Nessa linha de princípio, podem ser verificadas situações que nos parecem extremamente singulares, a exemplo:

(i) O Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 697.893-MS, definiu poder esse bem ser penhorado para garantir o pagamento de pensão alimentícia devida por um dos cônjuges a filho havido fora do casamento. No caso, coeso que o benefício da impenhorabilidade não poderia ser invocado pelo próprio devedor de alimentos, o tribunal sustentou que esse tipo de dívida teria privilégio sobre o direito de moradia, ou seja, admitindo a penhora do imóvel onde residia justamente o cônjuge traído, do devedor, com seus dependentes.

(ii) Sem a impenhorabilidade oponível, o bem de família poderá vir a ser penhorado em favor do cônjuge credor de alimentos, podendo, assim ele tornar-se, por essa via, único titular do domínio.

A se falar no bem de família, protegido pela reportada Lei n. 8.009, a impedir sua penhora, assinale-se que o direito português não dispõe de instrumento legal semelhante. A tanto que

podendo qualquer dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode acabar por ser executada, penhorada e vendida a casa de morada da família, seja por dívidas comuns (se for um bem comum), seja por dívida própria (se for bem

próprio) ou até sendo bem comum, se se incluir na meação do devedor.<sup>74</sup>

## 6 Problematizações pontuais

Ao cabo dessas singelas reflexões, resulta trazer à colação algumas questões pontuais, em sede de experimentação processual e judiciária, frente à norma ou a doutrina. Vejamos:

### a) Preservação integral da cota-parte do cônjuge não devedor

O comando do novel art. 655-B do Código de Processo Civil, dirige ao cônjuge alheio à obrigação uma tutela protetiva de sua meação, ao modo de assegurá-la sobre o produto da alienação do bem.

Torná-lo efetivo, na prática, haverá de exigir observância estrita de paridade ao mínimo do valor da avaliação oficial, implicando na preservação integral da cota-parte.

Admitir que essa cota-parte possa ser traduzida em preço inferior ao da avaliação significaria, no dizer de Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>75</sup>, a expropriação de bem indivisível com evidente desfalque patrimonial daquele que não é parte na execução.

---

<sup>74</sup> DIAS, Cristina M. Araújo. *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges: Problemas, Críticas e Sugestões*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 25.

<sup>75</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Penhora e Expropriação de Bem Indivisível: uma interpretação potencializada do art. 655-B do CPC*. In: *Execução Civil e Cumprimento da sentença*, vol. 3. SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.), São Paulo: Método, 2009.

Em situação de valor inferior em segunda praça (art. 692, CPC), a solução por ele oferecida é a de o lance aceito atender, de imediato, a meação, na exata proporção do valor da avaliação, seguindo-se a cota do devedor, mesmo que em parte menor.

Somente assim estarão harmonizados os interesses do credor e os do cônjuge não devedor.

### **b) Ônus processual da prova pelo autor de medida constritiva**

Antes consignado assistir ao cônjuge meeiro o direito de excluir sua meação de eventual medida constritiva, em execução por dívida do outro, questão processual de relevo diz respeito ao ônus da prova para integrar a meação à dívida existente, sob a alegativa de proveito ou de benefício comum. Esse ônus é, a toda evidência, do credor autor.

Notadamente em casos de dívidas de ilicitude.

Assim se define o ônus:

O cônjuge responde com sua meação somente pela dívida contraída exclusivamente pelo consorte, desde que esta tenha sido revertida em benefício da família, competindo ao credor comprovar tal situação. (STJ – 2ª Turma, REsp. n. 522.263-PR, Rel. Min. João Noronha).

A meação só responde pela prática de atos ilícitos se restar provado, pelo credor, que houve benefício do cônjuge com o produto da infração à lei. (STJ – 2ª Turma, REsp. n. 508.267-PR, Rel. Min. João Noronha).

Ora bem. A esse ponto, cuide-se dizer, pela razão exposta, que o art. 655-B, do Código de Processo Civil, assecuratório da meação – que fica protegida sob o produto da alienação do bem penhorado – de fato se acharia

aplicado, *ope legis*. Em não atendido o ônus processual pelo credor, e bastante isso, a reserva legal da meação seria destinada ao cônjuge não devedor.

De mais a mais, não se pode perder de vista que o cônjuge, sequer, estaria obrigado a demandar pela exclusão de sua meação, quando já excluídas, por lei, da comunhão, como sucede nas obrigações provenientes de atos ilícitos (art. 1.659, IV, CC) e todas as dívidas incomunicáveis.

Apenas, no tocante às chamadas dívidas de dispensa, dívidas comuns, creio que esse ônus poderia ser inverso, atribuído ao cônjuge que pretendesse excluir sua meação da constrição judicial, isso quanto ao fato da própria natureza da dívida.

### **c) Dívidas em situação de separação de fato**

No amplo espectro de segurança às relações jurídicas dos cônjuges com terceiros, e na seara que consolida em matéria patrimonial um verdadeiro estatuto imperativo de base, com normas estruturantes, torna-se importante considerar a hipótese de dívidas contraídas em situação de os cônjuges se acharem em separação de fato.

Tenha-se, de pronto, o que diz o artigo 1.671 do Código Civil: “Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro”.

Tal comando emana, à hipótese apreciada, do disposto no art. 1.571 do Código Civil, segundo o qual somente a partir da sentença de separação judicial ou de divórcio termina a sociedade conjugal, quando em regra, importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Não é bem assim, porém.

(i) A um, porque a separação de fato tem sua juridicidade própria e produz efeito instante. A separação de fato provoca de imediato, em bom rigor, a extinção do regime de bens do casal casado (ou sob união estável) e constitui marco temporal de uma nova realidade jurídica em face dos ex-parceiros.

(ii) A dois, porque não mais será, de consequência, em ordem do art. 1.576 do Código Civil, a separação judicial que venha por termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Aliás, de há muito, registra a jurisprudência dos tribunais que o “fato separação”, independente da separação judicial ou administrativa decretada, como fato de vida, com efeitos jurídicos, deve orientar a partir de sua ocorrência a não comunicabilidade de bens que um ou outro ex-parceiro venha obter (STJ – 4ª Turma, REsp. n. 32.218-SP).

A se entender, então, que a separação de fato é o marco que finaliza o estado patrimonial do casal, logo se conclui que os bens havidos nessa nova fase não se comunicam e as dívidas supervenientes também não. Uma nova ordem, portanto, está a caracterizar essa realidade jurídica, de importância vital ao tema de dívidas conjugais.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Diante da separação de fato, assenta-se a conveniência de duas medidas que podem ser implementadas: (i) a medida de separação de corpos, judicial (art. 1.562, Código Civil) ou administrativa (Lei n. 11.441, de 2007); (ii) a medida de arrolamento de bens, créditos e dívidas, no objetivo da apuração do acervo de bens e obrigações do casal existentes e para efeito de posterior partilha do patrimônio comum. Mais se aconselha tal medida por fundado receio de extravio ou dissipação de bens por um dos cônjuges ou conviventes (art. 855, do Código de Processo Civil). Mas há mais:

A juridicidade da separação de fato, que se reflete, inclusive, aos casais sob união estável, nos fins de ação de dissolução da entidade familiar constituída por tal instituto, pode implicar, ainda, outras medidas cautelares. E nesse ponto, temos:

Certo que as dívidas pretéritas subsistem em responsabilidade patrimonial, em face do patrimônio comum do casal, nada pode estabelecer, todavia, condão responsável a outras dívidas, formalizadas quando determinantes os efeitos patrimoniais específicos a cada cônjuge que já se ache separado de fato.

#### **d) Mudança de regime de bens**

Outra questão processual, diante de a penhorabilidade sediar sua incidência em face de determinado regime de bens, é o de saber se a mudança de regime pode alterar a penhorabilidade de dívidas do casal.

A mutabilidade, agora permitida pelo parágrafo 2º do artigo 1.639 do atual Código Civil, sugere duas produções de efeitos:

(i) nas relações entre os cônjuges, os efeitos podem ser determinados, de forma distinta, tanto *ex tunc* como *ex nunc*, a depender do pleito conjunto conjugal, e expressos na sentença, como melhor orienta Carlos Roberto Gonçalves<sup>77</sup>.

(ii) Em relação a terceiros, dúvida inexistente, porém. Os efeitos serão sempre *ex nunc*, sob pena de manifesto prejuízo aos credores, e tais efeitos somente serão produzidos com o trânsito em julgado da decisão reformista do regime, e somente

---

(iii) alimentos provisionais (art. 852, I, Código de Processo Civil), com prestação de alimentos fixada, de imediato; (iv) a posse e guarda provisória dos filhos (art. 888, III, Código de Processo Civil), para futura definição da guarda jurídica singular, se não cabível a guarda compartilhada.

Ambas as disposições processuais devem, a propósito, ter uma leitura contemporânea, com a novel instituição do divórcio único e direto. Dessa forma, resulta evidenciada, com maior relevo, a juridicidade da separação de fato, em sua inegável dinâmica. Tudo a recomendar uma agenda de judicialização das situações fáticas (e jurígenas), em proteção aos legítimos interesses de cada um dos cônjuges (ou conviventes).

<sup>77</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

após as devidas averbações ao assento de casamento no registro civil e nos álbuns imobiliários dos cartórios competentes, em relação aos bens imóveis.

Cedição daí que a penhora atenderá, sempre, o estatuto patrimonial vigente à época em que constituída a relação jurídica negocial, ou seja, quando formada a obrigação (não o seu vencimento), para os fins de constrição judicial de determinados bens.

Diante da sentença que altera o regime de bens, e perante a existência de dívidas antes contraídas, a hipótese é a de ineficácia relativa do ato, em relação ao terceiro prejudicado e credor, valendo para ele as regras patrimoniais anteriores, consoante sustentam Fredie Didier e Cristiano Farias<sup>78</sup>.

Nesse sentir, decorre por imperativo lógico a inoponibilidade do novo regime de bens aos credores anteriores, quando os bens dos cônjuges tinham a regência de regime diferente.<sup>79</sup>

## **Reflexões conclusivas**

Posto isso, algumas conclusões devem sumarizar as reflexões aqui produzidas.

---

<sup>78</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Referido por MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O Regime da Comunhão Parcial de Bens no Casamento e na União Estável*. Prefácio. de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

<sup>79</sup> BRANDÃO, DEBORA VANESSA CAÚS em sua obra *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, depõe no sentido de que a possibilidade de participação dos terceiros no procedimento de alteração (do regime) é sugestão feita pela doutrina, para que seus direitos sejam resguardados. E acrescenta: aliás, dessa forma se orientaram o direito italiano e o direito francês.

1. A sujeição de bens do casal por dívidas conjugais, deve apenas ocorrer perante dívidas contraídas em proveito comum. Quando a dívida é assim contraída, não só aquele que contraiu a dívida, mas ambos os cônjuges respondem solidariamente, não podendo o cônjuge do devedor excluir sua meação da execução.

2. Ponderável, então, que o cônjuge somente deva assumir dívidas pessoais se detiver bens próprios ou particulares, sob pena de um severo comprometimento ao patrimônio familiar. A meação preservada, apenas garante a metade desse patrimônio que, ao fim e ao cabo, resulta inexoravelmente comprometido.

3. Aos conviventes devedores deve ser conferido o tratamento constitucional que estabelece o status de entidade familiar à união estável, de modo a sujeitá-los à uma correta dicção da lei, quanto aos mesmos regramentos atinentes aos cônjuges.

4. O cônjuge, para efeito de ser o responsável patrimonial identificado no artigo 592, inciso IV, do Código de Processo Civil, não se confunde com o sujeito passivo da execução, aludido no artigo 568, do referido estatuto. Logo, é terceiro, cujos bens podem ser alcançados pela execução, e nessa condição, está legitimado, por seu interesse jurídico, a uma plena e eficiente intervenção no processo executivo. Demais disso, sua responsabilidade patrimonial por dívida contraída pelo consorte fica circunscrita aos casos previstos em lei.

5. Infere-se que o conteúdo normativo-processual, que trata da responsabilidade patrimonial – configurando possível que devedor e, outrossim, o responsável patrimonial, suscetíveis de figurar, juntos e distintamente, na execução – deve interagir, sim, com as regras de direito material, dialogando em benefício da jurisdição e do direito das partes. Afinal, como preleciona Humberto Theodoro Júnior, a

obrigação como dívida é objeto do direito material; a responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual.

6. Exalte-se, por fim, que o diálogo processual com o direito material em dicção contextualizada da lei, servirá, de forma sistêmica, à efetivação desejada do processo executivo, e ao resgate profícuo das dívidas de cônjuges. Esta é uma forma de adimplemento substancial a tão importante tema.

# **Parecer: nova vaga criada, em aumento de composição de Tribunal de Justiça, tornando ímpar a participação do quinto constitucional. Critério objetivo de definição da instituição ao provimento da vaga**

**Jones Figueirêdo Alves**

**Sumário:** Intróito. 1 Do princípio da alternância. 2 Das situações de composição ímpar. (i) Legislação Incidente. (ii) Sequência de vagas. Conclusão.

## **Intróito**

A questão posta a exame diz respeito ao emprego do artigo 94 da Constituição Federal no efeito de classificar uma nova vaga criada em composição de Tribunal de Justiça de Pernambuco, em ordem a definir o seu provimento, nomeadamente em face de a cota do Quinto Constitucional apresentar-se ímpar em número de vagas que, doravante, é-lhe destinado.

A Corte estadual, até então constituída por trinta e nove (39) Desembargadores e contando, dentre seus membros, oito (8) oriundos das carreiras do Ministério Público e da Advocacia, contempladas em idêntico quantitativo, com observância ao princípio de paridade, agora obtém incremento em sua composição, elevada para quarenta e dois (42) Desembargadores.

Evidenciado, então, que a nova fração do Quinto Constitucional torna certo que um dos novos cargos criados há de ser reservado a atender o reportado artigo 94 da

C.F.<sup>80</sup> e que, na hipótese, constituiu-se ímpar o número de vagas àquela representação, impende elucidar o seu preenchimento, a autorizar seja deflagrado o processo de escolha de candidatos pela instituição definida segundo os critérios legais.

No caso, o provimento do cargo criado tem sua fórmula ditada segundo o princípio da alternatividade e sucessividade, desenhado no artigo 100 § 2º da Lei Complementar nº 35 (Lei Orgânica da Magistratura), tal como se extrai do dispositivo, de logo, transcrito a seguir:

“Artigo 100. Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.

§ 1º. ....

§ 2º. Nos Tribunais em que *for ímpar o número de vagas* destinadas ao quinto constitucional, *uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida* por advogado e por membro do Ministério Público, *de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma*

---

<sup>80</sup> É significativo lembrar que a composição do Tribunal de Justiça de Pernambuco alcançando quantitativo superior a 40 (quando já dispõe de oito representantes do Quinto) obriga que a nova vaga seja, de logo, destinada ao Quinto, porquanto a divisão, por cinco, não resultando em número inteiro, implicará no arredondamento sempre para cima, ou mais precisamente: “impondo-se, na hipótese de a divisão por cinco do número de vagas existentes resultar em número fracionado, não importando que a fração seja inferior a meio, o arredondamento para cima”, sob pena de “consagrar-se uma sub-representação dos membros do Ministério Público e dos advogados, em flagrante inconstitucionalidade”. (STF – 1ª Turma, AO nº 493/PA, Rel. Min, Octávio Galotti, j. em 06.06.2000).

*dessas classes superem os da outra em uma Unidade.* (g.n.)

Assentado, de forma iniludível, o princípio da alternância, de conformidade com a LOMAN, à composição ímpar que experimente em atualidade os Tribunais, recolhem-se, antes de mais, as assertivas seguintes:

- (i) O princípio da paridade obriga que em se situando formada a composição do Quinto Constitucional por idêntico quantitativo de vagas, ambas as instituições (Ministério Público e Advocacia) estarão representadas em igualdade de cargos, pelo que, eventual vacância de qualquer deles será a vaga provida pela carreira de origem.
- (ii) O princípio da alternância, todavia, em face de uma composição ímpar do Quinto Constitucional, terá a sua inarredável e tópica aplicação, a tanto bastando observar o último provimento da vaga imediata e anteriormente criada.
- (iii) As vagas novas abertas para a composição do Quinto serão sempre providas, à medida de sua criação, segundo um dos princípios acima elencados, cumprindo-se, pois, uma simples análise exercitada no plano fático-temporal.

Em ser assim, conclui-se, de pronto, a guisa do presente intróito, que:

- (i) A regra prevista no artigo 100 § 2º da Lei Complementar nº 35 LOMAN terá sempre sua incidência, quando ímpar se apresente a composição do Tribunal, a concitar o princípio da alternatividade e da sucessividade. (CNJ-PCA nº 0003951-80.2010.2.00.000, Relator Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti); “não há preservação de vagas de origem, no caso de composição ímpar”. (CNJ-PCA nº

## **1 Do princípio da alternância**

Para dirimir a destinação da vaga, indispensável será, tão somente, o esboço histórico das “vagas criadas”, sempre em face do aumento da composição do Tribunal, ou seja, vagas novas, cujo provimento opera-se, em ordem de alternância, a saber, com exatidão, o critério sucessivo.

Nesse conduto, a ordem para a composição do Quinto, haverá de observar a última nomeação, em face do referido Quinto Constitucional, ocorrida dentre as varas criadas, como se depreende do art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005, quando o Tribunal de Justiça de Pernambuco, passou a constituir-se de 37 (trinta e sete) Desembargadores. Em bom rigor, a mencionada lei criou sete novos cargos, destinando-se dois (2) deles ao Quinto Constitucional.

Com efeito, à ocasião foram nomeados o advogado CÂNDIDO JOSÉ DA FONTE SARAIVA DE MORAES e o Procurador de Justiça ROMERO DE OLIVEIRA ANDRADE, como Desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco, através dos Atos de nºs. 1.703 e 1.704, em respectivo, do Exmo. Sr. Governador do Estado de Pernambuco (Diário Oficial do Poder Executivo, de 08.07.2005).

A propósito, essa ordem sequencial dos Atos, para a nomeação, em primeiro, do representante da Ordem dos Advogados e em última vaga, de membro do Ministério Público - a par de atender a sequência dos Ofícios encaminhados pela Presidência do TJPE - teve por decisivo e influente, fato jurídico relevante, qual seja o de, anteriormente, a última nomeação, em sede do Quinto

Constitucional, haver sido operada para o Ministério Público, e em favor do Procurador de Justiça Luiz Carlos de Freitas Medeiros (Ato n° 2780, do Governador do Estado, D.O. de 20.11.1996).

De ver, inclusive, que a estrita observância ao princípio da alternância, que se subsume da regra estampada pelo artigo 100 § 2° da Lei Orgânica da Magistratura, tem sido reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, tal como já referido no PCA n° 0003951-80.2010.2.00.0000, Relator: Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti.

Do referido PCA, extrai-se o Acórdão seguinte:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÚMERO ÍMPAR DE VAGAS DESTINADAS AO QUINTO CONSTITUCIONAL. PARIDADE. PREVISÃO DO § 2° DO ARTIGO 100 DA LOMAN. CRITÉRIO DE ALTERNÂNCIA. (...)

I - As vagas destinadas ao quinto constitucional, segundo a previsão do artigo 94 da Constituição Federal serão providas por membros do Ministério Público e Advogados, com mais de dez anos de atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação de suas respectivas classes.

II – Nos Tribunais **em que for ímpar o número de vagas** destinadas ao quinto constitucional, uma delas **será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma Unidade,**

conforme previsão contida no § 2º do artigo 199 da LOMAN (g.n.)

O eminente Conselheiro Relator, em seu voto, exalta com precisão de estilete e agudeza notável, a lucidez do desate, afirmando:

A solução sugerida (...) subverteria toda a lógica do processo de escolha dos Desembargadores pelo Quinto Constitucional, **fazendo com que fossem abertas seguidamente duas vagas à requerente, deixando de ser observada a alternância, indispensável no caso em que ímpar o número de vagas.** (g.n.)

Sublinhe-se que o referido Acórdão foi objeto de impugnação pelo MS nº 29.240-DF, sob Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, não tendo o Ministro Relator, em decisão liminar indeferitória (15.12.2010), vislumbrado qualquer ilegalidade ou abuso de poder decorrente da decisão do CNJ que confirmou entendimento do TJCE (Portaria TJ-PRES. Nº 772/2010) ao aplicar o princípio da alternância, no caso de composição ímpar superveniente do Tribunal.

No ponto, enfatizou o Ministro Relator:

À primeira vista, não verifico patente ilegalidade ou abuso de poder decorrente da decisão do CNJ que confirmou o entendimento do TJCE, **pois fundamentou-se na legalidade da aplicação do art. 100, § 2º, ao caso.** O que se vê, de fato, nas razões da petição inicial, é a pretensão de aplicação do referido dispositivo em outro sentido. (g.n.)

Vejam, a tanto, sobre a criação das Vagas do Quinto Constitucional e seus primeiros titulares, em provimento inicial na classe da carreira respectiva, com os informes seguintes:

Desembargadores do Quinto Constitucional	Classe de Ordem	Data nomeação	Vagância	Vagas Quinto	Advocacia MP
<u>João Jungmann</u> Procurador Geral do Estado Titular 1ª Cadeira	MP	25.08.1934 Ato nº 1.639, de 25.08.1934	<b>CRIAÇÃO DA 1ª VAGA</b> Ato nº 1.608, de 20.08.1934 - 1ª Cadeira.	UMA	01 (MP) 01 (OAB)
<u>Orlando Anselmo Aguiar</u> Advogado Titular 2ª Cadeira	OAB	25.08.1934 Ato nº 1.639, de 25.08.1934	<b>CRIAÇÃO DA 2ª VAGA</b> Ato nº 1.608, de 20.08.1934 - 2ª Cadeira.	DUAS	1 (MP) 1 (OAB)
<u>Dirceu Ferreira Borges</u> 1º Sub-Procurador Geral do Estado Titular 3ª Cadeira	MP	09.07.1952 Ato nº 1.697, de 09.07.1952	<b>CRIAÇÃO DA 3ª VAGA</b> Lei nº 1.392, de 30.06.1952.  Eleva para quinze (15) desembargadores a composição do TJPE, nos termos do § único do art. 84 da Constituição Estadual. - 3ª Cadeira	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)  Aplicação do Princípio da Alternância, <b>em face da 1ª Composição Ímpar do QC.</b>
<u>Fausto Valença de Freitas</u> Titular 4ª Cadeira	OAB	03.11.1993 Ato nº 4.721, de 03.11.1993	<b>CRIAÇÃO DA 4ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores do TJPE. - 4ª Cadeira	QUATRO	2 (MP) 2 (OAB)  Aplicação do Princípio da Paridade
<u>Francisco Dário Mendes da Rocha</u> Titular 5ª Cadeira	OAB	03.11.1993 Ato nº 4.722, de 03.11.1993	<b>CRIAÇÃO DA 5ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores do TJPE. - 5ª Cadeira	CINCO	2 (MP) 3 (OAB)
<u>Luís Carlos Freitas de Medeiros</u> Titular 6ª Cadeira	MP	19.11.1996 Ato nº 2.780, de 19.11.1996; Em correção de preterição da vaga, para cumprimento do § único do art. 94, da CF).	<b>CRIAÇÃO DA 6ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores - 6ª Cadeira  Notas: 01. Provida após o falecimento do Des. Célio de Castro Montenegro (magistrado). – TJPE-Pleno, Sessão Extraordinária, em 18/09/1996. 02. O Tribunal decide destinar a vaga ao MP para assegurar paridade na criação de novas vagas do Quinto Constitucional, em face aumento havido do TJPE, de	SEIS	3 (MP) 3 (OAB)  Aplicação do Princípio da Paridade, com efeitos retrooperantes em face dos cargos criados em 1993.

			15 para 27 membros, quando criadas as 4ª e 5ª Vagas, em 1993. 03. Isso em cumprimento ao parágrafo único do art. 94 da CF; e decisão do STF de arredondamento sempre para cima do Quinto (27 div. 6= 5,4; quinto inteiro, 6) 04. Implica dizer que, por tais efeitos, o aumento de cadeiras do Quinto, configurou composição par e não ímpar (3 x 3).		
<b><u>Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes</u></b> Titular 7ª Cadeira	OAB	07.07.2005 Ato nº 1.703, de 07.07.2005	<b>criação da 7ª VAGA</b> Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005.  Eleva de trinta (30) para trinta e sete (37) Desembargadores. LC nº 40, de 12.12.2001, aumentou de vinte (27) para trinta (30) a composição do TJPE, sem repercussões no QC. - 7ª Cadeira	SETE	3 (MP) 4 (OAB)
<b><u>Romero de Oliveira Andrade</u></b> Titular 8ª Cadeira	MP	07.07.2005 Ato nº 1.704, de 08.07.2005	<b>criação da 8ª VAGA</b> Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005.  Eleva de trinta (30) para trinta e sete (37) Desembargadores. LC nº 40, de 12.12.2001, aumentou de vinte (27) para trinta (30) a composição do TJPE, sem repercussões no QC. - 8ª Cadeira	OITO	4 (MP) 4 (OAB)

Em ser assim, resta incontroverso, na premissa de base do princípio de alternância que, diante do quadro acima de vagas criadas, por sucessivos aumentos da composição do Tribunal de Justiça de Pernambuco, e apresentando-se a última vaga criada provida por membro do Ministério Público, tem-se, de conseguinte, o chamado ao provimento da nova vaga, em composição ímpar, à instituição diversa.

Afinal, com essa mesma identidade de razões, observa-se, em simetria, a composição dos Órgãos Especiais dos Tribunais de Justiça, no efeito da participação de

representantes do Quinto Constitucional. Ali, o princípio da alternância é igualmente atendido.

É bastante conferir, no ponto, Acórdão do Conselho Nacional de Justiça:

EMENTA: Procedimento de Controle Administrativo. Ilegalidade da Resolução nº 188/2006 do TRT da 9ª. Região. Composição do Órgão Especial. Vaga do Quinto Constitucional deixada por Juiz oriundo da OAB e preenchida por membro do Ministério Público. Improcedência do pedido. A vaga é do quinto constitucional por antiguidade e deve ser ocupada pelo juiz mais antigo, em decorrência ao critério de alternância. Pedido improcedente.

(PCA nº 275/2006, Relator: Conselheiro Marcos Faver, j. em 10.04.2007).

Na hipótese julgada, o Relator Conselheiro deixou assente, de forma objetiva, o seguinte:

“[...] O fato de ter sido a vaga preenchida anteriormente pelo juiz mais antigo no quinto da OAB não garante que a vaga seja sempre destinada a outro juiz oriundo da OAB. Pelo contrário, sendo adotado o critério da alternância, a vaga seria efetivamente ocupada por um juiz da classe do Ministério Público.” (g.n.).

De fato.

Consabido, portanto, que a última vaga criada teve seu provimento por membro do Ministério Público, resulta evidente que uma vaga seguinte criada, na seara do Quinto Constitucional, para provimento inicial, haverá de ser remetida à outra instituição, assegurando-lhe a alternância e sucessividade, ou seja, mais precisamente, à **Ordem dos Advogados do Brasil**.

Desembargadores do Quinto Constitucional	Classe de Ordem	Data nomeação	Vagância	Vagas Quinto	Advocacia MP
?	OAB	?	<p>criação DA 9ª VAGA</p> <p>Lei Complementar eleva de trinta e nove (39) para quarenta e dois (42) o número de Desembargadores. A Lei Complementar nº 88, de 14.12.2006 houvera aumentado de trinta e sete (37) para trinta e nove (39) a composição do TJPE, sem repercussões no Quinto Constitucional.</p>	NOVE	<p>4 (MP) 5 (OAB)</p> <p><i>Aplicação do Princípio da Alternância, em face do PROVIMENTO DA ÚLTIMA VAGA CRIADA.</i></p>

Assim, é certo prevalecer, por decisões do CNJ e do STF, a partir do que dispõe a LOMAN e no efeito do provimento das vagas, o princípio da alternância tendo em conta a ÚLTIMA VAGA provida.

Mas não é só. Mesmo que se admita, por discussão mais acendrada, que o princípio de alternância busca, em substância, a última composição ímpar do Tribunal de Justiça, verificada para a aplicação incidente do referido princípio, outra conclusão de destinação da nova vaga criada (em composição ímpar), não se apresenta diferente. Vejamos, também:

## 2 Das situações de composição ímpar

Apenas, ao fim e ao cabo de sessenta anos depois (1952/2012) passa o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco a experimentar, novamente, sua composição institucional com representação ímpar na representação do Quinto Constitucional, a saber que rigorosamente, a última ocorrente (e pioneira, por sinal) teve lugar em 1952, com a criação da 3ª vaga, provida, então, por membro do Ministério Público (o Desembargador Dirceu Ferreira Borges).

Pois bem. Nessa diretiva é significativo anotar, antes de mais, as legislações que nortearam os aumentos da

composição do Tribunal de Justiça, ao longo de sua história institucional, **a partir da existência do Quinto Constitucional**, de tal conduto a aferir a sua aplicação para efeito da representação numérica do referido Quinto.

### (i) Legislação incidente

Então, alinha-se o quadro legislativo seguinte:

01. Ato nº 1.608, de 20 de agosto de 1934, Interventor Federal no Estado, Dr. Carlos de Lima Cavalcanti:
- Eleva a composição da Corte de Apelação - 09 (nove) para 11 (onze).
- Cria dois cargos, para atender a recente Constituição Federal, de 16.07.1934, que ao estabelecer o Instituto do Quinto Constitucional, em seu artigo 104, parágrafo 6º, dispõe sobre a participação de membros do Ministério Público e de advogados.
- A representação do Quinto Constitucional apresenta-se PAR.
02. Lei nº 1.392, de 30.06.1952:
- Eleva o número de membros do TJPE – 11 (onze) para 15 (quinze).
- Com efeito, a representação do Quinto Constitucional passa a contar com um terceiro membro.
- A representação do Quinto Constitucional apresenta-se, então, ÍMPAR.
03. Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993:
- Eleva o número de membros do TJPE – 15 (quinze) para 27 (vinte e sete)
- Com efeito, a representação do Quinto Constitucional passaria a contar com mais três membros.

- Sucede, todavia, que foram providos apenas dois cargos de carreira atribuídos ao Quinto Constitucional, estes destinados à Ordem dos Advogados (OAB), e o terceiro cargo, destinado ao Ministério Público, a assegurar-lhe a paridade, sofreu manifesta preterição; consagrando tal omissão, com descumprimento da norma constitucional (C.F., art. 94 e art. 107, I) uma sub-representação daquela instituição dentro da Corte.

- Em verdade, a fração inferior ao meio (5,4), exigiria como adiante resultou corrigido, por decisão plenária do próprio TJPE, em Sessão Extraordinária de 18 de setembro de 1996, o arredondamento da fração para cima, com o número inteiro maior. É que, “qualquer que seja a fração decimal que surja na

divisão de membros do Tribunal por cinco, seja ela 01; 02... 0,9; deverá haver o arredondamento para o número inteiro maior e não para o menor, sob pena de não se cumprir o mandamento constitucional”. (STF-Pleno, MS nº 223230-5-SP, Rel. Min. Carlos Velloso). No aludido MS cuidou-se de situação idêntica de quociente fracionário (5,4), em face de aumento de composição do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, quando reestruturado de dezoito (18) para vinte e sete (27).

- No ponto, é de ressaltar do citado julgado, que:

(i) Em cumprimento à norma expressa, “se o Tribunal se compõe de vinte e sete juízes, e se tal composição ter, apenas, cinco juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, não terá um quinto de juízes de tais classes, dado que cinco não constitui um quinto de vinte e sete. Um quinto de vinte e sete, conforme visto, é igual a 5,4 e para que seja dado cumprimento à norma expressa do quinto constitucional, o arredondamento haverá de ser para cima, assim para seis”

(ii) tal linha de entendimento, decorre do advento da própria Constituição de 1988, anterior à LC n. 09/93, onde ali, na Carta Magna, para efeito da regra geral relativa ao quinto (art. 94) **“a matéria tornou-se ainda mais clara, não admitindo tergiversações”** (parecer em MS nº 223.230-5-SP) (g.n.).

(iii) a Constituição Federal garante, expressamente, desde antes, o quinto da advocacia e do Ministério Público e não é expressa em garantia dos quatro quintos da carreira da magistratura.

- Nessa diretiva, o terceiro membro foi afinal admitido na Corte, em provendo vaga antes ocupada, indevidamente, por magistrado de carreira. Bem por isso, incidindo efeitos retrooperantes àquela nova composição do Quinto Constitucional, a todo rigor adveniente da L.C. n 09/1993.

- Ou seja, com maior precisão: o provimento tardio, **sem criação de qualquer outra nova vaga**, faz demonstrar, às expensas, que por força da reportada Lei Complementar nº 09/1993, e para a fiel interpretação aos comandos da Constituição Federal, **o novo Quinto constituir-se-ia com mais três (03) membros, assumindo-se, desde a partir daquela Lei, a paridade da representação (3 x 3).**

- No caso, a representação do Quinto Constitucional apresenta-se PAR.
04. Lei Complementar nº 40, de 19.12.2001:
- Eleva o número de membros do TJPE – 27 (vinte e sete) para 30 (trinta).
- Com efeito, nenhuma repercussão oferece o aumento da composição, certo que 06 (seis) são, e continuam sendo, os membros representantes do Quinto Constitucional.
- No caso, a representação do Quinto Constitucional apresenta-se PAR.
05. Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005:
- Eleva o número de membros do TJPE – 30 (trinta) para 37 (trinta e sete).
- Com efeito, atendendo-se a mesma interpretação constitucional ao arredondamento para cima do Quinto, a representação do Quinto Constitucional passou a contar com mais dois membros, um de cada instituição, perfazendo, portanto, o total de oito (08) membros, sendo: 04 (quatro) representantes do Ministério Público e 04 (quatro) representantes dos advogados.
- No caso, a representação do Quinto Constitucional apresenta-se PAR.
06. Lei Complementar nº 88, de 14.12.2006:
- Eleva o número de membros do TJPE – 37 (trinta e sete) para 39 (trinta e nove).
- Com efeito, nenhuma repercussão oferece o aumento da composição, certo que 08 (oito) são, e continuam sendo, os membros representantes do Quinto Constitucional.
- No caso, a representação do Quinto Constitucional apresenta-se PAR.

## (ii) Sequência de vagas:

Nesse viés, observa-se, de plano, pelo “Quadro de Provimentos dos Cargos do Quinto Constitucional”, abaixo lançado, como se operou, ao longo do tempo, o preenchimento das Vagas criadas e das Vagas abertas por aposentadoria ou evento morte de seus ocupantes. Desse Quadro, também resultam evidenciados os fatores ocorrentes e prestativos à análise percuciente. Vejamos:

Desembargadores do Quinto Constitucional	Classe de Ordem	Data nomeação /Ato	Vagância	Vagas Quinto	Advocacia MP
<u>João Jungmann</u> Procurador Geral do Estado Titular 1ª Cadeira	MP	25.08.1934 Ato nº 1.639, de 25.08.1934	<b>criação da 1ª VAGA.</b> Ato nº 1.608, de 20.08.1934 - 1ª Cadeira.	UMA	1 (MP) 0 (OAB)
<u>Orlando Anselmo Aguiar</u> Advogado Titular 2ª Cadeira	OAB	25.08.1934 Ato nº 1.639, de 25.08.1934	<b>criação da 2ª VAGA.</b> Ato nº 1.608, de 20.08.1934 - 2ª Cadeira.	DUAS	1 (MP) 1 (OAB)
<u>Dirceu Ferreira Borges</u> 1º Sub-Procurador Geral do Estado Titular 3ª Cadeira	MP	09.07.1952 Ato nº 1.697, de 09.07.1952	<b>criação da 3ª VAGA</b> Lei nº 1.392, de 30.06.195.  Eleva para quinze (15) desembargadores a composição do TJPE, nos termos do § único do art. 84 da Constituição Estadual. - 3ª Cadeira	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)  Aplicação do Princípio da Alternância, em face da 1ª Composição Ímpar do QC.
<u>Augusto de Souza Duque</u> 2º Ocupante da 2ª Cadeira	OAB	01.02.1956 Ato nº 454, de 01.12.1956	<b>VAGA ABERTA</b> 2ª Cadeira: - aposentadoria Orlando Anselmo Aguiar (OAB): Ato nº 311, de 07.02.1956	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB) Provedimento na classe de origem, por ser a única vaga.
<u>José da Costa Aguiar</u> 2º Ocupante da 3ª Cadeira	MP	18.06.1959 Ato nº 3.139, de 18.06.1959	<b>VAGA ABERTA</b> 3ª Cadeira: - falecimento Dirceu Ferreira Borges (MP), em 13.04.1959.	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)
<u>José Ferraz Ribeiro do Valle</u> 2º Ocupante da 1ª Cadeira	OAB	14.09.1963 Ato nº 4.175, de 14.09.1963	<b>VAGA ABERTA</b> 1ª Cadeira: - aposentadoria João Jungmann (MP): Ato nº 3.966, de 10.08.1963.	TRÊS	1 (MP) 2 (OAB)
<u>João Batista Guerra Barreto</u> 3º Ocupante da 3ª Cadeira	MP	20.05.1965 Ato nº 2.945, de 20.05.1965	<b>VAGA ABERTA</b> 3ª Cadeira: - aposentadoria José da Costa Aguiar (MP): Ato nº 2.292, de 27.04.1965	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)
<u>Jarbas Fernandes Cunha</u> 4º Ocupante da 3ª Cadeira	MP	23.11.1983 Ato nº 3.936, de 23.11.1983	<b>VAGA ABERTA</b> 3ª Cadeira: - falecimento João Batista Guerra Barreto (MP): em 02.10.1983	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)
<u>Luiz Belém de Alencar</u> 5º Ocupante da 3ª Cadeira	MP	08.08.1985 Ato nº 2.355, de 08.08.1985	<b>VAGA ABERTA</b> 3ª Cadeira: - aposentadoria Jarbas Fernandes Cunha (MP): Ato nº 1.759, de 18.06.1985	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)
<u>Waldemir de Oliveira Lins</u> 3º Ocupante da 1ª Cadeira	MP	25.03.1986 Ato nº 1.262, de 25.03.1986	<b>VAGA ABERTA</b> 1ª Cadeira: - aposentadoria José Ferraz Ribeiro do Valle (OAB): Ato nº 756, de 07.02.1986	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB)
<u>Antonio de Brito Alves</u> 5º Ocupante da 2ª Cadeira	OAB	31.03.1987 Ato nº 1.177, de 31.03.1987	<b>VAGA ABERTA</b> 2ª Cadeira: - falecimento Augusto de Souza Duque, em 05.02.1987	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB) Provedimento na classe de origem, por ser a única vaga.
<u>Arthur Pio dos Santos Neto</u> 4º Ocupante da 2ª Cadeira	OAB	22.05.1991 Ato nº 2.877, de 22.05.1991	<b>VAGA ABERTA</b> 2ª Cadeira - falecimento Antônio de Brito Alves, em 23.04.1991	TRÊS	2 (MP) 1 (OAB) Provedimento na classe de origem, por ser a única vaga.

<b>Fausto Valença de Freitas</b> Titular 4ª Cadeira	OAB	03.11.1993 Ato nº 4.721, de 03.11.1993	<b>CRIAÇÃO DA 4ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores do TJPE. - 4ª Cadeira	QUATRO	2 (MP) 2 (OAB)
<b>Francisco Dário Mendes da Rocha</b> Titular 5ª Cadeira	OAB	03.11.1993 Ato nº 4.722, de 03.11.1993	<b>CRIAÇÃO DA 5ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores do TJPE. - 5ª Cadeira	CINCO	2 (MP) 3 (OAB)
<b>Luís Carlos Freitas de Medeiros</b> Titular 6ª Cadeira	MP	19.11.1996 Ato nº 2.780, de 19.11.1996;  Em correção de preterição da vaga, para cumprimento do § único do art. 94, da CF).	<b>CRIAÇÃO DA 6ª VAGA</b> Lei Complementar nº 09, de 02.08.1993.  Eleva para vinte e sete (27) o número de Desembargadores - 6ª Cadeira  Notas: 01. Provida após o falecimento do Des. Célio de Castro Montenegro (magistrado). – TJPE-Pleno, Sessão Extraordinária, em 18/09/1996. 02. O Tribunal decide destinar a vaga ao MP para assegurar paridade na criação de novas vagas do Quinto Constitucional, em face aumento havido do TJPE, de 15 para 27 membros, quando criadas as 4ª e 5ª Vagas, em 1993. 03. Isso em cumprimento ao parágrafo único do art. 94 da CF; e decisão do STF de arredondamento sempre para cima do Quinto (27 div. 6= 5,4; quinto inteiro, 6) 04. <b>Implica dizer que, por tais efeitos, o aumento de cadeiras do Quinto, configurou composição par e não ímpar (3 x 3).</b>	SEIS	3 (MP) 3 (OAB) Aplicação do Princípio da Paridade, com efeitos retrooperantes em face dos cargos criados em 1993.
<b>Nelson Santiago Reis</b> 6ª Ocupante da 3ª Cadeira	MP	01.09.1999 Ato nº 7.060, de 01.09.1999	<b>VAGA ABERTA</b> <b>3ª Cadeira</b> - aposentadoria Des. Luiz Belém de Alencar; Ato nº 707, de 02.06.1999	SEIS	3 (MP) 3 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b>Helena Caíla Reis</b> 4ª Ocupante da 1ª Cadeira	MP	08.08.2001 Ato nº 2.027, de 08.08.2001	<b>VAGA ABERTA</b> <b>3ª Cadeira</b> - aposentadoria Des. Waldemir de Oliveira Lins; Ato nº 861, de 13.06.2001	SEIS	3 (MP) 3 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b>Fernando Eduardo de Miranda Ferreira</b> 5ª Ocupante da 2ª Cadeira	OAB	01.04.2002 Ato nº ....., de 01.04.2002	<b>VAGA ABERTA</b> <b>2ª Cadeira</b> - aposentadoria Arthur Pio dos Santos Neto; Ato nº 1.308, de 18.09.2001	SEIS	3 (MP) 3 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b>Alderita Ramos de Oliveira</b> 2ª Ocupante da 6ª Cadeira	MP	30.04.2004 Ato nº 1.194, de 30.04.2004	<b>VAGA ABERTA</b> <b>6ª Cadeira</b> - aposentadoria Luís Carlos Freitas de Medeiros	SEIS	3 (MP) 3 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se paridade.

<b><u>Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes</u></b> Titular 7ª Cadeira	OAB	07.07.2005 Ato nº 1.703, de 07.07.2005	<b>criação da 7ª VAGA</b> Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005.  Eleva de trinta (30) para trinta e sete (37) Desembargadores. - 7ª Cadeira	SETE	3 (MP) 4 (OAB)
<b><u>Romero de Oliveira Andrade</u></b> Titular 8ª Cadeira	MP	07.07.2005 Ato nº 1.704, de 08.07.2005	<b>criação da 8ª VAGA</b> Lei Complementar nº 70, de 25.01.2005.  Eleva de trinta (30) para trinta e sete (37) Desembargadores. <sup>1</sup> - 8ª Cadeira	OITO	4 (MP) 4 (OAB)
<b><u>Gustavo Augusto Rodrigues de Lima</u></b> 7º Ocupante da 3ª Cadeira	MP	06.03.2006 Ato nº 490, de 06.03.2006	<b>VAGA ABERTA</b> 3ª Cadeira - falecimento Nelson Santiago Reis	OITO	4 (MP) 4 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b><u>Francisco José dos Anjos Bandeira de Melo</u></b> 2º Ocupante da 5ª Cadeira	OAB	31.07.2006 Ato nº 1.725, de 31.07.2006	<b>VAGA ABERTA</b> 5ª Cadeira - aposentadoria Francisco Dário Mendes da Rocha: Ato nº 2.973, de 31.12.2005	OITO	4 (MP) 4 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b><u>Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto</u></b> 2º Ocupante da 4ª Cadeira	OAB	06.08.2008 Ato nº 2.298, de 06.08.2008	<b>VAGA ABERTA</b> 4ª Cadeira - aposentadoria Fausto Valença de Freitas: Ato nº 2.302, de 21.11.2007	OITO	4 (MP) 4 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.
<b><u>Itabira de Brito Filho</u></b> 5º Ocupante da 1ª Cadeira	MP	10.11.2010 Ato nº 3497, de 09.11.2010	<b>VAGA ABERTA</b> 1ª Cadeira - aposentadoria Helena Caúla Reis: Ato nº 629, de 04.10.2012	OITO	4 (MP) 4 (OAB) Provimento na classe de origem, para manter-se a paridade.

Visualizado o Quadro acima, com os dados indicados, no tocante à sequência de vagas criadas e vagas abertas do Quinto Constitucional do Tribunal de Justiça de Pernambuco, registram-se os totais de OITO (08) VAGAS CRIADAS e DEZESSETE (17) VAGAS ABERTAS por aposentadoria ou morte.

Pois bem. Da sequência das vagas do Quinto Constitucional, a partir da existência do Instituto Constitucional do Quinto, na composição dos Tribunais (1934), observa-se que o número de vagas disponíveis para o 1/5, no TJPE, apresentou-se, assim:

<sup>81</sup> Lei Complementar n. 40, de 12.12.2001, aumentou de vinte (27) para trinta (30) a composição do TJPE, sem repercussões no QC.

VAGAS DISPONÍVEIS Q.C.	Período	Composição	Provimento inicial
Duas (2)	20.08.1934/29.06.1952	1ª Composição PAR	MP/ 02. OAB 1 x 1
Três (3)	30.06.1952/01.08.1993	1ª Composição ÍMPAR	03. MP 2 x 1
Seis (6)	02.08.1993/24.01.2005	2ª Composição PAR	04. OAB/ 05. OAB/06. MP 3 x 3
Oito (8)	5.01.2005/.....	3ª Composição PAR	07. OAB/08. MP 4 x 4

Vê-se, então, que após sua Composição com paridade inicial (1934/1952) o Tribunal de Justiça, a partir de 30.06.1952 (Lei nº 1.392/52) durante quarenta e um (41) anos teve sua Primeira Composição Ímpar (2 x 1).

Esta Composição ímpar, em primeira alternância, foi a favor do Ministério Público: 3ª Cadeira provida, 09.07.1952, Des. DIRCEU FERREIRA BORGES.

Mais se vê, ainda, que o último membro da Composição Ímpar, que tomou posse em vaga aberta foi o Des. WALDEMIR DE OLIVEIRA LINS, em 25.03.1986, antes do aumento do TJPE (1993) de 15 membros para 27 membros. Foi ele também oriundo do Ministério Público.

Registre-se, destarte, que as duas vagas seguintes, abertas em sucessivo, ainda antes do aumento, ocorreram por evento morte dos Desembargadores Augusto de Souza Duque (1987) e Antônio de Brito Alves (1991), e necessariamente foram providas por representantes da OAB, isto porque tratava-se, dentre as três (03) vagas do Quinto, da única cadeira destinada à OAB.

Assim, no advento de uma 2ª Composição Ímpar (5 x 4), a segunda ocorrente em sua lédima existência legal,

Nove (9)	...../.....	2ª Composição ÍMPAR	5x 4
----------	-------------	---------------------	------

inegável que, mesmo por esse critério de alternância diante de composições ímpares, em destinação da nova vaga, a 9ª vaga

do Quinto Constitucional deve ser preenchida por advogado indicado em lista sêxtupla da OAB/PE.

Desembargadores do Quinto Constitucional	Classe de Ordem	Data nomeação	Vagância	Vagas Quinto	Advocacia MP
?	OAB	?	criação da 9ª Vaga 9ª Cadeira do Quinto	NOVE	4 (MP) 5 (OAB) Aplicação do Princípio da Alternância, em face da 2ª Composição Ímpar.

Cai o lanço explicitar mais.

Quando o número se revela ímpar, o preenchimento se dará por alternância, vislumbrando sempre, a última nomeação que foi consolidada.

Para que nenhuma das instituições esteja sempre à frente da outra, numericamente, em relação à sua participação no Quinto Constitucional, é que o princípio da alternância se impõe.

Enfim, permanece atual e incontroversa a lição do Supremo Tribunal Federal:

**a alternância se faz observando-se, para tanto, a última nomeação ocorrida.**

(...) Dispensável seria a inserção dessa regra na Constituição Federal, que deve merecer interpretação teleológica e sistemática, desprezando-se a ordem de lançamento de vocábulos, expressões e disposições, sem que o texto em si, sinalize para a gradação da importância (...)

**Vale dizer, o arcabouço normativo constitucional não contempla preferência, no preenchimento das vagas do quinto, entre advogados e membros do Ministério Público.**

**Ombreiam em igualdade de condições; sendo par o número de vagas, as cadeiras são preenchidas pela classe respectiva, levando-se em conta o antecessor, e, sendo ímpar, pela salutar alternância.**

(STF – MS nº 23.972-9, Rel. Min. Marco Aurélio).

## Conclusão

01. A nova composição do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), envolvendo o quantitativo de 42 (quarenta e dois) membros, faz inserir mais uma vaga no Quinto Constitucional, por força do artigo 94 da Constituição Federal, em perfeição numérica do quinto inteiro (42 dividido por 5= 8,4, implicando o quinto inteiro superior; 09).

02. A nova vaga configurando uma composição ímpar do Quinto Constitucional avoca, iniludivelmente, a indicação da instituição para o preenchimento da vaga pela observância do princípio da alternância, a teor do § 2º do art. 100 da LC nº 35 (LOMAN).

03. O princípio aplicado implica em reconhecer que a última vaga criada, em aumento do Quinto, foi provida pelo Ministério Público (Desembargador Romero Andrade).

04. Mesmo a se contemplar a referência do provimento em sede de quando se constituiu ímpar o referido Quinto Constitucional, tenha-se que havendo a terceira vaga ( 2 x 1) sido provida, originariamente, pelo Ministério Público (Des. Dirceu Borges) esta mesma vaga, enquanto ímpar a composição, foi por último provida também pelo Ministério Público (Des. Waldemir Lins).

**05. Resulta, então, a inarredável conclusão de que a nova vaga criada deve ser provida por advogado.**

# O problema do conteúdo do direito natural: primeiras impressões

Jorge Américo Pereira de Lira<sup>82</sup>

**Sumário:** 1 Justificação filosófica da existência do Direito Natural. 2 Tentativa de se apreender um conteúdo. 3 Vigência do Direito Natural. 4 Direito e Justiça. 4.1 Perspectiva filosófica. 4.2 Perspectiva sociológica. 4.2.1 Visão histórica. 4.2.2 Definição. 4.3 Identidade de conceitos. 5 Direito Positivo e Direito Natural. 5.1 Posicionamento Jusnaturalista e Jus positivista. 5.2 Direito Natural e ideologia. 6 Relações entre Justiça e Direito. Referências.

## 1 Justificação filosófica da existência do Direito Natural

Ao tratar do conteúdo do Direito Natural, devemos começar adotando um enfoque filosófico, visto que é neste campo que se especula sobre a essência e existência dos seres. Não se pode negar à Filosofia, especificamente à Metafísica, o estudo do “ente enquanto ente”. Daí, a perquirição mais profunda da essência e da existência do Direito Natural há de ser buscada nos princípios fundamentais da reflexão filosófica.

---

<sup>82</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, integrante da 1ª Câmara de Direito Público. Professor de Direito Civil dos Cursos de Preparação à Magistratura e Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e da Faculdade Maurício de Nassau.

Ao se falar em Direito Natural, aflora a imediata necessidade de se falar em Direito Positivo, e especificamente em lei. Parece ser impossível dissociar “Direito” de “Lei”. Por outro lado, na hipótese de se admitir um Direito Natural, há de se aceitar, também, uma Lei Natural. Antes, pois, de se falar em Direito Natural, temos de justificar ou fundamentar a existência de uma Lei Natural. Provada esta, o Direito Natural será, inelutavelmente, sua consequência.

Vejam, pois, a existência, a natureza e os princípios da Lei Natural. Dentro da escolástica ou filosofia tomista, a existência da Lei Natural é uma consequência do Testemunho da Consciência. Na verdade, a consciência do ser humano não pode deixar de se pronunciar sobre certos juízos, como também, de considerá-los evidentes, arrebatando o assentimento da razão humana, qualquer que seja a oposição que possam encontrar em nossos preconceitos ou paixões. Assim, o primeiro princípio da Lei Natural está inserto: **É necessário fazer o bem e evitar o mal.** É um princípio contra o qual não podemos investir, sem incorreremos na censura de nossa consciência. É ao conjunto de juízos como estes, que os filósofos, depois de Kant, denominam **Juízos Práticos Universais**: a lealdade, a fidelidade às promessas, a necessidade de dizer a verdade etc.

Não se pode esquecer que os sociólogos positivistas modernos (como Durkheim e outros) pretenderam negar a existência da Lei Natural, investindo contra o seu primeiro princípio: **é necessário fazer o bem e evitar o mal.** Dizem tais autores que o **bem e o mal** são unicamente resultantes de influências sociais, visto que práticas hoje observadas como más, anteriormente eram tidas como boas e legítimas (poligamia, sacrifícios humanos, assassínio de pais envelhecidos etc.). Na

realidade, tal ataque só atinge aspectos secundários, por considerarem, tão somente, falsas aplicações da Lei Natural, pois há atos que consideramos como bons em si mesmos e por si mesmos, independentemente de leis humanas (como: dizer a verdade, ser fiel à palavra empenhada, amar aos pais). Ora, nas civilizações em que o filho mata o pai envelhecido, ele busca uma demonstração de amor filial, livrando-o das desventuras da velhice. Isto é uma falsa aplicação da Lei Natural de amor entre pais e filhos.

Uma outra justificativa da existência do Direito Natural se encontra na possibilidade da existência de instituições contraditórias. Isto leva os pensadores a admitir uma ordem superior em que impere a verdade plena. Ou ainda, um critério absoluto do justo, que independa de eventuais normas positivas e codificadas. Assim, Del Vecchio considera o Direito Natural como o **critério absoluto do justo**.

Dentro, portanto, dos juízos que informam a Lei Natural, temos de constatar que há uma **imutabilidade intrínseca**; ou seja, a Lei Natural é imutável em si mesma e seus princípios não podem desaparecer da natureza humana. Não se pode excluir, porém, a possibilidade de evolução e modificações ou progressos. Mas isto diz respeito tão somente à aplicação dos princípios gerais da Lei Natural. Há, também, o princípio segundo o qual a Lei Natural goza de **imutabilidade extrínseca**, ou seja, não é lícito revogá-la, transgredi-la ou dispensá-la, ainda que parcialmente, quanto a suas prescrições fundamentais. Isto é tão impossível quanto ao homem renunciar no todo ou em parte a sua natureza.

Quais seriam alguns destes preceitos fundamentais?

- a) enquanto ser vivo, deve o homem respeitar o SER VIVO que é, e zelar pela

manutenção de sua vida e de sua saúde. É o instinto de preservação individual.

b) enquanto ser racional, o homem deve conduzir-se como pessoa, desenvolvendo sua razão em busca da verdade e de sua liberdade, inclusive liberando-se do domínio de suas paixões.

c) enquanto membro de uma espécie, o homem deve procurar contribuir para sua preservação. É a necessidade de preservação da espécie humana.

d) enquanto ser social, o homem deve obedecer à autoridade encarregada de assegurar o bem comum da sociedade.

Tais preceitos acima enunciados estão em consonância com o primeiro princípio da Lei Natural: **fazer o bem e evitar o mal**. Tal princípio de ordem prática corresponde a outro de ordem especulativa, ou seja, o de identidade – o que é, é. Assim como o princípio de ordem especulativa, o da Lei Natural é apreendido por intuição imediata.

Esta intuição imediata é tão verdadeira como a do ser, tanto que a ideia do Direito Natural acompanha o homem através de toda a sua história, e, à medida que o homem vai entendendo a sua natureza, vão-se impondo as normas de Justiça, oriundas do Direito Natural. Mesmo pensadores e doutrinadores sem compromissos com a antiga Metafísica, como Del Vecchio, apresentam a Lei Natural como inserta na própria natureza humana. Mas se a Filosofia observa os preceitos da Lei Natural, sob o aspecto total do homem, os pensadores, com forte tendência jurídica, buscam e fundamentam a existência do Direito Natural através de uma concepção bilateral. Assim, vejamos frases de Kant e Spencer:

Kant: Atua externamente de tal modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se

com o livre uso do arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade.

Spencer: Cada homem é livre de fazer o que quiser, contanto que não prejudique a liberdade dos outros homens.

Ora, nas duas assertivas, o Direito Natural é apresentado como normas a reger a conduta em relação a outros. É a forte influência da bilateralidade do Direito Positivo. Mas, como vimos anteriormente, a Lei Natural é bem mais ampla, uma vez que o seu primeiro princípio normatiza para o próprio indivíduo também.

Ainda sem uma tomada de posição, mas tão somente como ilustração, os filósofos jusnaturalistas exigem “condições de legitimidade” para a lei positiva, visto que esta, para ser legítima, não basta que exprima a vontade do chefe ou a do maior número de pessoas. A Lei Positiva deve estar de acordo com a Lei Natural e em nada violá-la. Assim, qualquer lei positiva tem que ser justificada em alguma Lei Natural. Deve ainda, a lei positiva visar o bem comum da sociedade, e tal bem comum não se deve confundir com o bem particular de indivíduo, grupo ou partido. Ainda, a lei positiva não pode exceder o poder do legislador e este não pode ordenar o que não for exequível.

De forma alguma, porém, admitimos que há unanimidade entre os pensadores sobre a existência do Direito Natural. Buscada tal justificativa na Filosofia e em pensadores meramente jurídicos, não podemos faltar com a honestidade científica para apresentar algumas posições contrárias. Sem dúvida, temos de respeitar o peso dos argumentos de Kelsen. Para ele, o Direito Natural não passa de uma ideologia a serviço de alguns interesses, ou seja, uma máscara a serviço de tais interesses<sup>83</sup>. Evidentemente

---

<sup>83</sup> Apud LUIS LEGAZ y LACAMBRA: *Filosofia del Derecho*, págs. 306/307.

que para os positivistas Direito sempre vai essencialmente unido à positividade. Assim, para estes, o que não é positivo não é Direito. Há, pois, a identidade entre positividade e ordenamento jurídico. Será, porém, que a positividade constitui a nota essencial do Direito? Se tal for admitido, temos de dar razão a Kelsen.

Após Kelsen e sua ideia, surge a pergunta: - O que é positividade? É o que está escrito ou o que é aplicado? Existem muitas normas descritas que não são aplicadas. São positivas? Guasp, por exemplo, diz que o Direito é a ciência das possibilidades jurídicas, ou seja, *de las formas posibles del Derecho*<sup>84</sup> o que transcende a simples possibilidade. A norma escrita, não aplicada, é uma forma possível de Direito, assim como a norma não escrita, mas que é vivida, aplicada, também é Direito. Se positividade for correlacionada com a aplicação da norma, temos de nos submeter à conclusão de Cathrein, para quem o Direito Natural é *un verdadero derecho positivo, válido, existente... se por Derecho positivo se entiende todo o Derecho realmente existente y obligatorio.*<sup>85</sup>

## **2 Tentativa de se apreender um conteúdo**

Quer se admita o Direito Natural como positivo, existente, ou ainda como ideologia ou máscara, como quer Kelsen, vamos continuar na busca de seu conteúdo. Se ideologia, qual o seu conteúdo? Del Vecchio, um jusnaturalista, considera o Direito Natural como o “critério absoluto do justo”. Legaz y Lacambra diz que o Direito Natural é a projeção social da ordem moral, tendo como conteúdo a Justiça. Leibnitz aceita a tradição escolástica da

---

<sup>84</sup> Idem. Idem – pág. 308.

<sup>85</sup> Idem. Idem – págs. 308/309.

Justiça Universal, comutativa e distributiva, que corresponde aos preceitos romanos do *honeste vivere, neminem laedere et cuique suum tribuere*.

Mas, antes de mais nada, e desde que este trabalho quer se manter com fidelidade ao ensinamento de várias correntes, faz-se mister, indubitavelmente, examinar com mais cuidado o posicionamento de Kelsen, quer pelo peso de seu argumento, quer por ser apresentado como um negador do Direito Natural.

Primeiramente, Kelsen, em sua **Teoria Pura do Direito**, fala em Direito Natural, sempre correlacionando-o com **Justiça**, v.g.:

Se o considerarmos em relação a uma ordem superior que tem a pretensão de ser o Direito ideal, o Direito justo, e exige que o Direito Positivo lhe corresponda – em relação, por exemplo, com Direito Natural ou com uma Justiça, por qualquer forma concebida – [...] <sup>86</sup> (grifos do autor).

Que é para Kelsen a ideologia?

Vejamos. Assim se expressa Kelsen:

Se por ideologia se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento [...] <sup>87</sup>.

Desta forma, Kelsen apresenta dois sentidos admitidos para a palavra ideologia:

- a) realidade natural e sua descrição;
- b) representação influenciada por valores subjetivos.

---

<sup>86</sup> KELSEN, HANS: *Teoria Pura do Direito*, pág. 160.

<sup>87</sup> Idem. Idem – pág. 160.

Daí Kelsen concluir que o Direito Natural está influenciado por valores subjetivos e, portanto, é ideologia no segundo sentido. Mas acontece que Kelsen diz também:

Se se considera o Direito Positivo, como ordem normativa, em contraposição com a realidade do acontecer fático que, segundo a pretensão do Direito Positivo, deve corresponder a este (se bem que nem sempre lhe corresponda), então podemos qualificá-lo como “ideologia” (no primeiro sentido da palavra).<sup>88</sup>

E mais adiante:

[...] e uma teoria do Direito Positivo que o confunda com um Direito Natural ou com qualquer outra ideia de Justiça, com o intuito de justificar ou desqualificar aquele, tem de ser rejeitada como ideológica (no segundo sentido da palavra).<sup>89</sup>

Desta forma, para Kelsen, tanto o Direito Positivo, como o Direito Natural são “ideologia”, ou no primeiro, ou no segundo sentido da palavra. É difícil, portanto, admitir-se que “ideologia”, para o Direito Natural, sirva para lhe negar a existência e ideologia, só por ser tomada com outra concepção, não sirva para negar a existência do Direito Positivo.

Mas já ultrapassamos a etapa da fundamentação da existência ou não do Direito Natural. O aprofundamento atual se deve somente à necessidade de encontrar o conteúdo do Direito Natural. Tanto para os que o admitem, como para os que o negam, o Direito Natural está intimamente vinculado, correspondente à ideia de **Justiça**. Para especificar, permaneçamos com Del Vecchio em que o Direito Natural é o “critério absoluto do justo”. Vimos em

---

<sup>88</sup> Idem. Idem – pág. 160.

<sup>89</sup> Idem. Idem – págs. 160/161.

citações várias que é o **justo** que predomina como conteúdo do Direito Natural.

Deparamo-nos agora com a dificuldade de apreender um “critério absoluto do justo”, válido em quaisquer circunstâncias, para discernir a Justiça e a injustiça. E na perquirição do conceito de Justiça, grande parte da doutrina vê-se muitas vezes diante da necessidade de adotar critérios de valoração: seria a conveniência individual ou coletiva o critério válido para se apreender o sentido absoluto do justo? Seria o pragmatismo, como componente indispensável ao progresso? Seria a equidade, a certeza ou a segurança nas relações de interação social? Seria ainda a proporcionalidade, como fator indispensável ao equilíbrio nas relações sociais, o critério valorativo a ser adotado?

Ora, conforme afirma Recaséns Siches, *La justicia es un principio de armonia, de igualdad proporcional en las relaciones de cambio y en los procesos de distribución de los bienes*.<sup>90</sup> Daí talvez a necessidade de se eleger critérios de medida das realidades a serem igualadas ou harmonizadas, a fim de facilitar o processo de interação social, ou de tornar possível a convivência.

A Filosofia conceitua Justiça como a vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido.

Aftalion, Olano e Vilanova dizem que a Justiça, o sentimento do justo, é intuitivo, admitindo que a Justiça pura e verdadeira não é a conformidade com as normas positivas, não sendo o único valor jurídico, mas é o valor supremo e central. Daí os autores citam exemplos em que há intuição sobre o sentimento do justo.

Legaz y Lacambra acompanha Tomás de Aquino definindo a Justiça como a *constans ac perpetua*

---

<sup>90</sup> RECASÉNS SICHES, LUIS: *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Págs. [?].

*voluntas jus suum cuique tribuendi*. Platão diz que a Justiça é uma virtude que se supra ordena às demais virtudes, estabelecendo entre elas uma relação harmônica. É a saúde da alma, o caminho para a felicidade, tanto do indivíduo quanto do Estado.

Para Aristóteles, a Justiça é a virtude total e perfeita que se deve encontrar em todas as outras virtudes, mantendo igual distância entre o muito e o pouco. É o *in médio virtus* dos romanos. Assim, a virtude da valentia está entre os extremos de temeridade e covardia, e a generosidade entre a prodigalidade e a avareza. Como tal qualidade se encontra em todas as virtudes, a Justiça compreende em si todas as virtudes.

E assim, poder-se-ia buscar em tantos outros autores o que pensam sobre a Justiça, e em autores de vários campos de estudo.

### **3 Vigência do Direito Natural**

Identificado precariamente um conteúdo, conforme a perspectiva aqui referida, pergunta-se se vige o Direito Natural. Além da observância pessoal das normas impregnadas na consciência do ser humano, temos exemplos de que princípios do Direito Natural estão se incorporando ao Direito Positivo dos povos civilizados, como, por exemplo:

- a) o critério do justo deve ser aplicado, mesmo quando não exista norma, isto é, o juiz não pode recusar-se a sentenciar alegando inexistência ou obscuridade da norma;
- b) qualquer homem, só por o ser, é sujeito de direito;
- c) a liberdade e a qualidade de sujeito de direito são inalienáveis;

- d) a liberdade de cada um deve encontrar o seu limite natural na ideia de compatibilidade com a liberdade dos outros;
- e) à força é lícito, opor a força e contra a agressão, cada um tem a faculdade de se defender;
- f) à obrigação de estar submetido às leis deve corresponder a faculdade de concorrer para a sua formação (este princípio foi inserido na “Declaração Universal dos Direitos Inalienáveis do Homem”).

Além de princípios oriundos do Direito Romano, v.g.:

- a) ninguém pode transferir direitos que não possui;
- b) em tudo deve caber as vantagens a quem cabe as desvantagens;
- c) ninguém pode enriquecer sem causa, à custa alheia etc.

Josef Esser, em seu livro “Princípio e Norma na Elaboração do Direito Positivo”, demonstra que não só as normas compõem o ordenamento jurídico. Também o compõem os **princípios**, que desde o Direito Romano são considerados integrantes da realidade jurídica<sup>91</sup>. Os princípios devem informar todo sistema jurídico, por isto que traduzem convicções e valores e servem de parâmetros para interpretação das normas, senão mesmo para sua criação. Tal ideia não é jusnaturalismo propriamente dito, mas serve para compensar o formalismo asfixiante do juspositivismo legalista.

Assim é que, corroborando ponto de vista semelhante, esclarece Legaz y Lacambra:

*Derecho no significa unicamente ley y Derecho positivo no quiere decir só lo*

---

<sup>91</sup> ESSER, JOSEF: *Princípio e norma na elaboração do Direito Positivo*, págs. [?].

*conjunto de leys impuestas por la autoridad del Estado. Sino que Derecho es toda forma de vida social con un sentido de justicia... que en cuanto constituya una vigencia social estará dotado de la positividad.*<sup>92</sup>

Com efeito, o Direito contém normas e princípios que expressam um sentido de Justiça inserido na realidade social. E, portanto, normas e princípios que efetivamente vigem. Por exemplo, a Carta Magna do Brasil/67 reza:

Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Entendemos, de forma intuitiva, que, como obra humana – finita, imperfeita – o Direito Positivo há de obedecer a uma justificação. Esta justificação seria feita através de critérios informados pelo “sentido absoluto do justo”<sup>93</sup> e que correspondam à natureza do homem, isto é, às suas faculdades ou prerrogativas e necessidades, seus instintos, anseios e fins. O que estiver de conformidade com estes critérios é natural e justifica o Direito Positivo, devendo ser vigente. O que contradiz estes critérios é antinatural e não justifica o Direito Positivo não devendo, portanto, ser vigente.

Observada esta justificação, jamais estariam em contraposição o Direito Natural e o Positivo. Todavia, há possibilidade de contraposição entre ambos quando o Direito Positivo for Direito apenas no sentido formal, isto é, quando for Direito meramente por ter obedecido a todo um processo de elaboração legislativa, transformando-se em lei. Dizendo em outras palavras: quando se confundirem Direito

---

<sup>92</sup> LEGAZ y LACAMBRA, LUIS, opus cit. Pág. 313.

<sup>93</sup> GIORGIO DEL VECCHIO: *Lições de Filosofia do Direito*, págs. (?)

e Lei. E Lei, neste sentido, entendida como expressão de arbitrariedade, que, por conseguinte, não traz em si força vinculante, mas que pode ser aplicada se se contar com aparato estatal que sirva a fins escusos.

Sobre esta matéria assim se expressa Roberto Lyra Filho:

O que não se pode entender é como os autores reconciliam suas verificações da pluralidade de consciências jurídicas e a redução do direito à política dominante, ademais tomada como bloco unívoco e sem contradições [...] <sup>94</sup> (grifo nosso).

Ademais, a ideia de um Direito superior a toda lei escrita vem impregnada na consciência do homem e arraigada em seus sentimentos. Tal ideia vem-se constituindo o eixo da especulação filosófico-jurídica e a ela se deveria adaptar, sem discrepância, o Direito Positivo. Poderíamos traduzi-la como um Direito Natural, *un Derecho escrito en el corazón del hombre*<sup>95</sup>, numa linguagem romântica.

## 4 Direito e Justiça

### 4.1 Perspectiva filosófica

Com irremovíveis dificuldades se depara o jurista quando pretende definir o Direito. Na tentativa de estabelecer ou de apreender um conceito universal, escapam determinados conteúdos indispensáveis à sua caracterização. E, desta forma, não haveria um traço comum entre as

---

<sup>94</sup> ROBERTO LYRA FILHO: *Para uma visão dialética do Direito* (Em: “Sociologia e Direito, pág. 74 – de CLÁUDIO SOUTO e JOAQUIM FALCÃO).

<sup>95</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis: opus cit. pág. 303.

inúmeras ordens jurídicas. Por isto que falha o formalismo jurídico.

Em relação à matéria, Recaséns Siches assumiu posição singular, consubstanciada na 5ª (quinta) edição do seu *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Para ele, o Direito é constituído por normas de conduta (a que se dá carácter coercitivo), dirigidas às pessoas enquanto pessoas, isto é, enquanto sujeitos intrinsecamente dotados de dignidade. Portanto, dentro da colocação de eminente filósofo, a ordem jurídica há que levar em consideração a pessoa. Do contrário, as normas seriam “técnicas de adestramento” (em sua feliz expressão) e não normas de conduta de pessoas<sup>96</sup>. Desta forma, é na própria noção de pessoa que encontra um traço comum para delimitar o Direito.

Chama a atenção a singularidade da proposta de Siches, que não se atém a um ideal de Justiça. Siches extrai da própria essência do ser humano uma nota característica do Direito. Qualquer norma que negue à pessoa o carácter de dignidade, que a qualifica, não é Direito. Não obstante, admite a existência de sistema jurídico onde haja normas injustas sem que o invalide. Assim, mesmo sendo injusta, a norma não perde a característica de juridicidade.

Há, porém, grandes dificuldades para se compreender a mencionada colocação, porquanto tem-se de descer a uma concepção ética para se considerar o ser humano como pessoa. O próprio conceito de pessoa, como também o de dignidade, está impregnado de axiologia e sobre eles não há unanimidade. Portanto, o filósofo jusnaturalista resvalou para uma estimativa, apresentando do Direito uma definição que nos parece persuasiva. Distingue, porém, do conceito de Direito o dos valores que o devem inspirar.

---

<sup>96</sup> RECASÉNS SICHES, LUIS: opus cit. – 5ª edição.

Todavia, um critério valorativo, ou a possibilidade de uma medida valorativa, parece-nos estar implícito no conteúdo das disposições jurídicas dos ordenamentos positivos. Tudo leva a crer que é com o Direito Natural que se torna possível positivizar certos princípios ou regras de conduta que se devem integrar no ordenamento jurídico.

Embora ainda discutível, a posição de Siches, ao que tudo indica, atenua o rigor do formalismo jurídico, mas nos traz ainda uma nova inquietação: levar em conta a dignidade humana não seria o mesmo que atribuir um conteúdo à Justiça?

Desta forma, chegamos à conclusão de que dentro do conceito de Justiça não se pode colocar um conteúdo unívoco.

Há quem entenda, porém, que para a consecução da Justiça, pode-se agir de forma desvinculada do Direito, usando-se o arbítrio. Todavia, em posição antagônica, argumenta Legaz y Lacambra que o Direito pode ser considerado injusto, embora não possa ser arbitrário. Segundo Lacambra, Direito arbitrário implicaria numa impossibilidade lógica. Por isto que estaria em desacordo com o princípio da identidade, segundo o qual o que é, é. Seria afirmar que o Direito é e não é ao mesmo tempo, *pues arbitrariedad es no-Derecho, lo contrario que Derecho, la negación del Derecho em su forma*<sup>97</sup>.

Unanimemente, porém, admite-se que nos regimes despóticos e no absolutismo totalitário, onde não se atende aos interesses dos súditos, arbitrariedade e injustiça se confundem. Repudiam, portanto, a consciência humana.

Na verdade, o Direito não é essencialmente justo ou injusto. Tem vocação para a Justiça.

---

<sup>97</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis: opus cit. Pág. 653.

## **4.2 Perspectiva sociológica**

### **4.2.1 Visão histórica**

Segundo vários autores, há possibilidade de se apreender um conceito de Direito tendo como ponto de partida a própria realidade social, aprofundando-se o estudo desta realidade e deixando-se à margem os preconceitos advindos das deformações da visão do Direito que tiveram início, do ponto de vista histórico, na Idade Média, com os glosadores.

Dentro de uma perspectiva sociológico-jurídica, admite-se a possibilidade de se conceituar a Justiça, como conteúdo do Direito, abandonando-se as posições meramente filosóficas, que se divorciam da realidade social.

Apesar de se tentar denodadamente fixar um conceito de Justiça, não se conseguiu ainda chegar a um denominador comum, que esteja em conformidade com a realidade a que o Direito diz respeito, dado o divórcio existente entre este (Direito) e esta realidade social.

Reportamo-nos ao campo tradicionalmente conhecido como Dogmática Jurídica. O encargo de definir a Justiça tem sido atribuído aos filósofos do Direito, que por sua vez, lhe imprimem a orientação ou ideologia por eles adotada. Por isto que se encerra a definição no campo puramente do ideal ou da metafísica, o que foge inteiramente do âmbito da realidade social, que o Direito pretende disciplinar.

Assim, apesar da busca incessante, desde o florescer da Filosofia na Grécia até os dias recentes, e por terem as definições até agora analisadas vinculação com diversas ideologias e diferentes orientações filosóficas, não se chegou, e talvez dificilmente se chegará, dentro da

Filosofia do Direito, a uma unanimidade que humanamente era de se esperar.

A organização, a estruturação e a aplicação do Direito em conformidade com as condições, as necessidades e a realidade do homem, que são ao mesmo tempo objetos e fim do Direito, advêm de sua necessidade vital para o homem. O Direito nasce da realidade social e tal realidade se origina no modo de sentir, pensar e querer do homem. É o que corresponde ao composto SIV – sentimento, ideia e vontade – a que se refere o Professor Cláudio Souto.

Trata-se, assim, de uma realidade palpável, sensível, cujos elementos são ontologicamente inseparáveis. Desta forma, o Direito não seria somente criação do homem, mas retrato ou reflexo do próprio homem, e, por isto, uma realidade com conteúdo.

Ao longo da História, teve início o afastamento do Direito da realidade subjacente, colocando-se em seu lugar entidades irrealis, abstratas, ou ideais. Foi a partir da Idade Média que, lamentavelmente, a dogmática começou a ser considerada como “ciência jurídica”, o que se deve aos glosadores, que lhe impingiram um objeto de natureza lógico-formal.

À época, os glosadores, como juristas pragmáticos, objetivando dar solução prática aos problemas sociais, voltaram-se para o *Corpus Juris*. Alçado ao nível das Sagradas Escrituras, seu conteúdo não podia ser discutido ou criticado, passando a ter caráter de dogma.

Do apego e respeito que se tinha ao *Cospus Juris* dá uma amostra, por exemplo, a fórmula empregada na investidura de um juiz imperial:

Não desvirtuarás, por nenhum motivo, as leis do Justiniano, no santíssimo predecessor, pois com este livro (Justiniano) governou Roma e todo o orbe terrestre.

Tem maior significado ainda a recomendação de Frederico Barbaroxa:

Somos continuação de nossos bem-aventurados predecessores, especialmente de Constantino Grande, de Justiniano e Valenciano, assim, como de Carlos e Luiz e veneramos suas santas leis como oráculos divinos.<sup>98</sup>

Desta forma, as palavras de Justiniano (contidas no *Corpus Juris*) estavam para os glosadores assim como a palavra divina das Sagradas Escrituras estava para os teólogos. Não era permitido interpretação ou modificação, a fim de evitar possíveis deformações.

Induzidos pelo respeito ao *Corpus Juris*, por ser o mais perfeito modelo de legislação, os glosadores, fugindo da realidade social de sua época, utilizaram seus textos com o fim de disciplinar e regular a realidade social. Então, passou a ser Direito o conteúdo do *Corpus Juris*, sem se levar em consideração a conduta do homem com seus semelhantes, o processo de interação social.

Avultou ainda mais o afastamento entre Direito e realidade social sob a influência do racionalismo. Este, endeusando a razão, atribuiu-lhe o poder de programar e disciplinar as relações humanas, deixando à margem a realidade social.

No século XIX, a Escola da Exegese constituiu o ponto culminante do mencionado afastamento. Por isto que o Código de Napoleão apresentava a lei como o cerne do Direito, como

[...] a expresión perfecta del eutêntico Derecho Natural, y, también, y sobre todo, la proyección que se hacía del culto de

---

<sup>98</sup> Apud MANOEL GARCIA PELAYO: *La Idea medieval del Derecho*, 1962, págs. 12/14.

aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico<sup>99</sup>.

Reduzido ao texto frio da lei, o Direito foi utilizado por via de recursos também frio e irreal – a lógica formal. Partindo de tal compreensão, M. Liard define o Direito resumindo a ideia simplista que dele se fazia:

O Direito é a lei escrita [...] os artigos do Código são teoremas, a respeito dos quais se trata de demonstrar seu mútuo enlace e de extrair suas consequências. O jurista puro é geômetra: a educação puramente jurídica e puramente dialética<sup>100</sup>.

#### 4.2.2 Definição

Lamentavelmente, vimos assistindo a uma verdadeira desintegração da ordem jurídica, porquanto o jurista tradicional persiste, muitas vezes, no entendimento herdado dos glosadores, segundo o qual o Direito se resume ainda em fórmulas lógicas, divorciadas da realidade social. Não tem havido, por parte do jurista tradicional, interesse em dissecar teoricamente a realidade social. Há tão somente preocupação com a prática.

Ora, levando em consideração a constante complexidade e a instabilidade da realidade social, seria indispensável a busca de critérios de segurança e certeza para que o Direito se tornasse objeto de uma teoria sociológica geral.

No Brasil, assumindo posição pioneira, o Professor Cláudio Souto vem tentando demonstrar, de forma lúcida, a possibilidade de definir Direito e Justiça, levando em consideração tão somente o fato social, o processo de

---

<sup>99</sup> Apud MANOEL GARCIA PELAYO: *La Idea medieval del Derecho*, 1962, págs. 12/14.

<sup>100</sup> Apud LUIS RECASÉNS SICHES: opus site pág. 155.

interação social, que deverá ser dissecado com vistas à consecução do fim visado.

Ora, conforme este raciocínio, como ente dotado de sentimento, ideia e vontade, é o ser humano que dá origem à relação social primária, que compõe a realidade social. Assim, o mencionado autor analisa a interação social, fixando-a como uma unidade. Diferentemente do jurista tradicional, não vem lançando mão de elementos jusfilosóficos, em sua tentativa de definir o Direito. Para ele, as normas de conduta social são a concretude do “dever ser”, que, por sua vez, dá nascimento ao fenômeno jurídico, o mais social dos fenômenos da regulamentação social. No fenômeno jurídico há dois aspectos que se entrelaçam inseparadamente: um normativo – o “dever ser” –, outro de conduta.

Segundo o citado mestre, a gênese do fato social é mental. O social é a exteriorização, ou a resultante de pólos mentais geradores – compostos de sentimento, ideia e vontade.

Conforme nos referimos, etimologicamente, Direito e Justiça se equivalem. E, na perspectiva do Professor Cláudio Souto, o “dever ser” básico adquire foros de Justiça quando em harmonia com dados da ciência. Daí a posição singular do referido mestre, ao definir o Direito: “o que estiver de acordo com o sentimento de dever ser informado de conhecimento geral empiricamente comprovável”.<sup>101</sup>

Noutras palavras, o Direito passa a ser definido como a harmonia ou a equivalência entre o “dever ser” (como sinônimo de Justiça), ou a norma social e o dado de ciência. Tal dado de ciência, teria de ser considerado correto e definitivo em um determinado momento histórico, tendo

---

<sup>101</sup> SOUTO, CLÁUDIO: artigo *Sociedade e Direito* publicado na Revista Comunicações 26 – PIMES – UFPE.

em vista a própria mutabilidade do modelo científico. Entenda-se que para a Sociologia do Direito nada está definitivamente assente.

Desta forma, partindo da análise e observação da própria realidade social, pode-se fixar um conceito de Justiça, desvinculado dos grilhões que sempre a manteve ligada à Filosofia do Direito. Para isto é necessário desprezar-se a Dogmática Jurídica e adotar-se uma preocupação científico-social. Com efeito, os sentimentos funcionam em função de uma ideia, que pode ter por índice fisiológico, um tónus afetivo: agradabilidade ou desagradabilidade. O indicador estaria, por assim dizer, no tónus afetivo. Exemplificando: um marxista tem sentimento de agradabilidade diante de proposições do seu partido. Um nazista tem sentimento de desagradabilidade diante de proposições semelhantes. E vice-versa.

Assim, repetimos, o sentimento de agradabilidade varia conforme a ideia e, seguindo este raciocínio, talvez pudéssemos admitir precariamente para a Justiça um conceito científico-empírico: seria o sentimento de “dever-ser”, correspondente a agradabilidade à ideia focalizada.

Há grandes dificuldades, todavia, em padronizar a noção de Justiça. Está certo o jusnaturalista ao afirmar alguma permanência nesta ideia, porém, há variações de indivíduo para indivíduo, tanto no tempo como no espaço, quanto a sua aplicação.

### **4.3 Identidade de conceitos**

Grande parte dos doutrinadores separa ontologicamente os dois conceitos: o de Direito e o de Justiça, por isto que passa a falar em Direito justo e Direito injusto. Há aqueles que consideram a Justiça como uma

simples conformidade da conduta com a lei, com o Direito. Há os que entendem de forma inversa: é a lei, o Direito, que deve ser conforme a Justiça.<sup>102</sup>

Porém, conforme entendimento tradicional, a Justiça sempre foi tratada além dos limites das ciências jurídicas. Sob inspiração filosófica, as escolas jurídicas conceituam isoladamente Justiça e Direito, se bem que, do ponto de vista etimológico, não haja diferença de significação entre ambos. Equivalem a ligação com alguma coisa.

O filósofo Anaximandro, da velha Grécia, apresentava o sentido da palavra Justiça como ligação, juntura, ajuste entre o universo e a alma do homem<sup>103</sup>. Giorgio Del Vecchio demonstra como as palavras *jus* e *justitia*, derivadas da raiz sânscrita *ju* ou *yu*, correspondem ao termo latino *jungere*, que significa ligar, atar.<sup>104</sup>

O Professor Cláudio Souto ressalta que, entre os gregos, a palavra que significa Justiça “deriva de *Dik*, *Dic*, no sentido de indicação, *dictamen* – ou seja, de regra, norma”.<sup>105</sup>

Aos poucos foi crescendo o repúdio ao entendimento dogmático segundo o qual a lei era suficiente para solucionar os problemas suscitados pelas relações sociais. Por isto que houve um despertar do conteúdo do Direito para a realidade social. Tratava-se de uma atitude renovadora que dava margem a que o jurista ou o juiz, ao analisar ou julgar um caso concreto, retirasse da realidade subjacente uma solução satisfatória.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Apud LEVY ULMANN: *Èlements d'introductiona générale a l'étude des sciences juridiques*, vol. I, pág. 105.

<sup>103</sup> Apud LEGAZ y Lacambra: opus site., pág. 342.

<sup>104</sup> DEL VECCHIO, GIORGIO: *A Justiça (tradução de Antônio Pinto de Carvalho)*, 1960, pag. 3.

<sup>105</sup> SOUTO, CLÁUDIO, *Introdução ao Direito como ciência social*, 1971, pág. 83.

<sup>106</sup> FRANÇOIS GÉNY: *Méthode d'interpretation et source en droid privé positif*, 1899.

Também Eugen Ehrlich se insurge contra o formalismo jurídico, chegando a ressaltar que a Ciência do Direito dos juristas

[...] é antes uma doutrina técnica visando fins práticos e uma técnica relativa, pelo seu condicionamento pelas diferentes quadras sociais, de tal sorte que a teoria dos juristas não apreenderia senão a realidade mais superficial do Direito. Sendo, ao invés, necessário, para superar o tecnicismo estatista, formalista e ficcionista dos juristas e estudar o direito direto da sociedade.<sup>107</sup>

De início, embora se voltando para a realidade social, continuaram os sociólogos juristas e os juristas sociólogos ainda ligados às ideias tradicionais. Assim, Ehrlich, por exemplo, definiu de forma imprecisa o seu “Direito vivo”, considerando-o aquele que, embora não fixado em normas, regula a vida. É Direito de fato.

Para uma importante corrente doutrinária, o Direito Natural é intrinsecamente justo, por isto que, neste sentido, o “Direito vivo” é jusnaturalista. Seria bom que se tivesse sempre em mente que as aplicações da ideia de Justiça são mutáveis no tempo e no espaço. Permanece comum o sentimento de Justiça.

## **5 Direito Positivo e Direito Natural**

### **5.1 Posicionamento jusnaturalista e juspositivista**

Propugnam os jusnaturalistas no sentido de que seria o Direito Positivo a consagração do Direito de uma ordem ideal – a do Direito Natural. Com efeito, assim

---

<sup>107</sup> Apud CLÁUDIO SOUTO: *Teoria sociológica do Direito a prática forense* – UFPE, 1977, pág. 20

deveria ser, mas nem sempre é. O Direito Positivo deve guardar compatibilidade com o Direito Natural, conforme já nos referimos. Mas, às vezes, há realmente contradição entre eles. E, neste caso, surge a pergunta: qual deve prevalecer?

Para o juspositivista, a resposta é imediata, porquanto ele concebe como autêntico e verdadeiro o Direito Positivo. Para este, a contradição seria mais aparente que real.

O jusnaturalista, porém, defende a predominância do Direito Natural. Considera o Direito Positivo um mero reflexo do Natural. Se o reflexo for distorcido ou falso, não se cogita de Direito Positivo. Todavia, com este raciocínio, surge uma inquietação: como invocar o Direito Natural como princípio geral, superior, válido em quaisquer circunstâncias?

Ora, emprega-se sempre um conteúdo do Direito Natural, tanto no momento de criação como no de aplicação da norma. Por isto que não deve haver abismo ou defasagem entre a norma, como padrão de conduta, e a realidade social, no momento de realização da norma. O que significa: a norma é inserida num determinado contexto e, não obstante isto, o criador, assim como o aplicador da norma, tem muitas vezes de sacrificar determinados valores em favor de um mínimo de segurança.

Concluimos que, partindo de uma concepção dualista – Direito Positivo e Direito Natural – terminamos por cair numa visão monista do Direito.

## **5.2 Direito Natural e ideologia**

Grande parte da doutrina considera o Direito Natural como ideologia. Já nos referimos, por exemplo, à posição de Kelsen quando em sua “Teoria Pura do Direito” refere-se à ideologia em dois sentidos.

Há, porém, várias concepções de ideologia. Assim, para Tracy “ideologia é a ciência das ideias”.

Ao contestar esta posição, Napoleão, de forma depreciativa, chama aos estudiosos desta ciência “ideólogos”, isto é, indivíduos que se dedicam à sofisticada tarefa de discutir problemas irrealis, meramente abstratos.

Para Marx, a ideologia é a falsa percepção da realidade. É um erro ou ilusão intencionalmente forjado para fins políticos. Segundo sua concepção, a superestrutura ideológica seria reflexo do contexto socioeconômico de base.

Numa outra colocação, ainda, seria ideologia uma ilusão inconscientemente assimilada por condicionamentos irresistíveis.

Na perspectiva do Professor Cláudio Souto, ideologia seria exacerbação de ideias. Seria

[...] o pensamento socialmente condicionado e contrastante com realidade, objetividade ou verdade e, conseqüentemente, um desvio da objetividade científico-social – algo, portanto, de errôneo ou, pelo menos, duvidoso.<sup>108</sup>

Há ainda, conforme alguns juristas, um entendimento segundo o qual o Direito tem sempre um conteúdo ideológico que se adquire, não se intui. Seria, por assim dizer, “uma visão do mundo” – expressão cunhada pelo pensamento alemão. É neste sentido que significativa parte da doutrina concede o Direito Natural como ideologia. Não há aí inconveniência alguma em se admitir a existência de um Direito ideal. Por isto que há sempre a vocação do Direito Positivo para realizar um Direito ideal, que surge como motivação tanto no momento de criação como no de

---

<sup>108</sup> SOUTO, CLÁUDIO: artigo *Sociologia e Direito*, publicado na Revista *Comunicações 26* – PIMES – UFPE, pág. [?].

aplicação da norma. Sim, referimo-nos ao exato momento de aplicação da norma porque “o papel do juiz, mesmo se ele não inova o Direito no sentido restrito do termo, é sempre criador.”<sup>109</sup> (grifo nosso).

O Direito Natural seria, assim, um paradigma à reformulação do Direito. Por isto que sempre se busca um ideal de Justiça, conforme vimos nos referindo.

A ideologia se traduz em sentido subjetivo. Nela, há sempre adesão a determinados valores considerados desejáveis e aversão aos considerados indesejáveis.

Tratado na condição de ideologia, o Direito Natural poderia ser invocado como Direito supralegal que deveria inspirar o Direito Positivo. Este é um sentido eminentemente funcional que se lhe atribui. Todavia, de qualquer forma, a plenitude do Direito é a congruência entre as inspirações do Direito Natural e a formalização do Direito Positivo. Na verdade, o Direito se objetiva na sentença subjetiva do juiz.

Numa visão mais abrangente, conforme proposta defendida pela Professora Maria Bernadete Pedrosa, talvez fosse mais adequado, mais preciso, adotar-se a denominação “Ideologia Jurídica”, em substituição à expressão “Direito Natural” que enseja acirradas contestações.

## **6 Relações entre Justiça e Direito**

No que concerne às relações entre Justiça e Direito, há quatro posições divergentes e fundamentais na doutrina:

---

<sup>109</sup> SOUTO, CLÁUDIO: artigo *Sociologia e Direito*, publicado na Revista “COMUNICAÇÕES” 26 – PIMES – UFPE, pág. [?].

- a) os positivistas advogam uma tese separatista, ao considerar a Justiça um problema metajurídico, alheio, portanto, ao jurista como tal. Para estes, não existe Justiça em sentido absoluto, mas pode-se falar, casuisticamente, em Justiça atendendo a determinadas circunstâncias ou contingências.
- b) os jusnaturalistas advogam a tese contrária. Para estes, direito e Justiça se equivalem. À medida que o Direito Positivo se afasta do ideal de Justiça perde sua força vinculante, sua razão de ser, sua condição jurídica, portanto.
- c) os idealistas defendem a tese segundo a qual a Justiça absoluta se realiza no Direito Positivo e esta, por sua vez, lhe justifica a existência.
- d) os formalistas distinguem o Direito da Justiça, admitindo, porém, a validade da ideia de Justiça como critério valorativo do Direito.

As teses mencionadas, controversas e insatisfatórias, têm merecido as mais acerbas observações e críticas.

Assim é que Radbruch, por exemplo, objetando o formalismo crítico, por admitir a possibilidade de existir direito justo e direito injusto, esclarece:

*El derecho es un ensayo de realización de la justicia, aunque puede ser un ensayo fracasado. Derecho injusto es pues, el Derecho fracasado en su ensayo de realizar la justicia y no un Derecho sin ninguna conexión com la justicia.*<sup>110</sup> (grifo nosso).

Com efeito, repugna a consciência do homem (não obstante ocorra frequentemente), a ideia de um Direito

---

<sup>110</sup> Apud LUIS RECASÉNS SICHES. Tratado General de Filosofía del Derecho, pág. 354.

sem compromisso com a Justiça, ou que não se proponha a perseguir um sentido justo.

Daí porque, de nossa parte, entendemos que, dada a influência da bilateralidade do Direito, a que nos referimos anteriormente, o Direito Natural não somente nasce **com** a pessoa, mas **para** a pessoa no plano da interação social. Nesta perspectiva, seria um Direito que se integraria ao sistema jurídico para a realização da Justiça, conservando, porém, uma dimensão transcendente. Não se trataria, portanto, de um sistema normativo superposto ou paralelo ao ordenamento jurídico (positivo). Tratar-se-ia de um Direito tendente a se realizar ou a se formalizar, no plano social, como Direito Positivo, embora nem sempre isto seja possível.

A mencionada impossibilidade resulta, muitas vezes, de questões relativas à conveniência do poder instituído, ou à vontade (de alguns) de perpetuar a ordem estabelecida, que nem sempre corresponde a um sentido de Justiça.

## **Referências**

LEGAZ y LACAMBRA, LUIS: *Filosofia del Derecho*.

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*.

SICHES, LUIS RECASÉNS. *Tratado General de Filosofia del Derecho Nueva Filosofia de la Interpretation del Derecho*.

ESSER. JOSEF. *Princípio e Norma na elaboração do Direito Positivo*.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Lições de Filosofia do Direito*.

POULANTZAS. N. *O método dialético na compreensão do universo jurídico* (artigo).

PELAYO, MANOEL GARCIA. *La idea medieval del Derecho*.

LÈVY ULMANM. *Èléments d'introduction generale a l'étude des sciences juridiques*.

FRANÇOIS GÉNY. *Méthode d'interpretation et source en droit privé positif*.

ROBERTO LYRA FILHO. *Para uma visão dialética do Direito* (artigo).

SOUTO, CLÁUDIO. *Teoria sociológica do Direito e prática forense. Introdução ao Direito como ciência social. Sociologia e Direito. Sociedade e Direito* (artigo).

# O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa

José de Oliveira Ascensão<sup>111</sup>

**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 jusracionalismo. 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

---

<sup>111</sup> José de Oliveira Ascensão é professor e jurisconsulto português. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde exerceu funções como presidente do Conselho Científico e do Instituto dos Valores Mobiliários. Foi também professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco.

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>112</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>113</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

---

<sup>112</sup> Fala-se conseqüentemente 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...

<sup>113</sup> 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.

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 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>114</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>115</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

---

<sup>114</sup> Uma vez que todos concordarão que Jesus Cristo era um verdadeiro homem.

<sup>115</sup> 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.

um extraordinário desenvolvimento na filosofia, tendo em São Tomás de Aquino o seu expoente máximo<sup>116</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 a culminar 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

---

<sup>116</sup> Em grande parte, incitado pela necessidade teológica de caracterização e distinção subsequente da pessoa divina e da humana.

da Escolástica <sup>117</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 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

---

<sup>117</sup> Esta com a sua ligação básica com a lei eterna.

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 um 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 lobrigar no final.

#### **4 Análise crítica do jusracionalismo**

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>118</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.

---

<sup>118</sup> Sobre esta, veja-se a nossa *Introdução à Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Renovar, 2005, n.º 96. Os *Princípios de Filosofia do Direito* de Hegel têm tradução portuguesa.

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 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>119</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

---

<sup>119</sup> *Introdução* cit., n. 107 II.

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>120</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 construísse o modelo natural do Direito vai ficando progressivamente mais fragilizada e o Direito Natural acaba sendo posto de parte predominantemente.

---

<sup>120</sup> 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.

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 justificção suficiente para qualquer causa. O seu campo 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 antagônicas 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>121</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>122</sup>.

---

<sup>121</sup> *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.

<sup>122</sup> E no seu tempo. Sobre a responsabilidade veja-se, sempre excelente, Castanheira Neves, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, Rev.

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

---

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).

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 prescindir da noção de dignidade da pessoa, há que lhe restituir o sentido”<sup>123</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

---

<sup>123</sup> Veja-se o nosso *Prefácio* a Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa* cit., 22-23.

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, permitasse-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 afincada, 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>124</sup>.

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

---

<sup>124</sup> Ou só o haverá em *A Paz Perpétua* de Kant, que Goethe considerou mais próprio para lápide funerária...

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>125</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>126</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.

---

<sup>125</sup> *Introdução à Ciência do Direito* cit., n.º 105 II.

<sup>126</sup> 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).

# Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do teorema baliñiano global do direito

Rafael Cavalcanti Lemos<sup>127</sup>

**Sumário:** 1 A tradição jurídica ocidental. 2 Da jurisprudência romana à ciência jurídica romano-canônica da Baixa Idade Média: conformação do *jus commune* europeu. 3 O direito ocidental moderno. 4 O teorema baliñiano global do direito. 5 Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do teorema baliñiano global do direito. Referências.

**Resumo:** O objeto da jurisprudência romana clássica foram a realidade e seus conflitos. A tradição jurídica ocidental, afastando-se dos defasados conteúdos materiais do direito romano, aprofundou-se nas formas fecundas da tradição romanista. O teorema baliñiano global do direito toma este pela realidade social consistente no conjunto de relações distantes e polares ordenadas consoante certa medida proporcional de igualdade obrigatória determinada pela prudência, que se expressa mediante licitudes e deveres tipificados em diversas formulações culturais históricas. O abolicionismo penal de resposta-percurso a uma situação-problema, ao reconhecer que

---

<sup>127</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires.

o procedimento não deve passar de uma racionalização metódica de passos a seguir a fim de assegurar uma resposta jurídica aceitável, ratifica o teorema baliñiano global do direito e inegavelmente se insere na tradição jurídica ocidental.

**Palavras-chave:** Tradição jurídica ocidental. Ciência jurídica romano-canônica da Baixa Idade Média. *Jus commune* europeu. Teorema baliñiano global do direito. Abolicionismo penal de percurso.

**Abstract:** Reality and its conflicts were the object of classical Roman jurisprudence. Western juridical tradition, moving away from the outdated contents of Roman law, made use of the fertile forms of Romanistic tradition. Baliñian global law theorem considers law the social reality made up of the whole of distant and polar relations arranged accordingly to a certain proportionate measure of compulsory equality determined by prudence, which expresses itself through permissions and duties typified in various historical and cultural formulations. Procedural criminal abolitionism, concerning a worked answer to each problematic situation, is an indubitable part of the Western juridical tradition and ratifies Baliñian global law theorem, for this sort of abolitionism considers proceeding nothing but a methodical rationalization of steps to be followed solely in order to guarantee an acceptable juridical answer.

**Keywords:** Western juridical tradition. Roman-canonic juridical science of the Lower Middle Age. European *jus commune*. Baliñian global law theorem. Procedural criminal abolitionism.

## 1 A tradição jurídica ocidental

As transformações do direito devem-se à aparição de novos problemas sociais ou de novos referentes valorativos ou ainda à depuração técnica dos instrumentos jurídicos (BALIÑO, 2008, p. 30).

A evolução jurídica institucional produz-se de três maneiras: (a) por inovação (adequação de instituições tradicionais a realidades novas), (b) por criação *ex novo* (desenho de soluções *ad hoc* à problemática social concreta) e (c) por difusão, que pode ser pacífica (recepção) ou violenta (imposição) – BALIÑO, 2008, p. 31.

O ordenamento jurídico brasileiro pertence à tradição jurídica ocidental e não pode ser compreendido sem que se apele ao desenvolvimento, amadurecimento e estado atual dessa tradição, sendo-lhe relativamente alheio o desenvolvimento doutras tradições jurídicas, que não exerceram senão uma influência escassa e indireta sobre ele (CRETILLA JÚNIOR, 1996, p. 1; BALIÑO, 2008, p. 32).

A tradição jurídica ocidental, para BALIÑO (2008, p. 32-33), é aquela (I) cujo substrato é a jurisprudência romana, (II) cuja origem e conformação se encontram no *jus commune* europeu (discurso jurisprudencial, universitário e sapiencial cujas pretensões de converter-se num ordenamento jurídico comum supletivo dos diversos direitos particulares determinaram sua configuração a partir do redirecionamento dos problemas sociais de seu tempo) e (III) cujo desenvolvimento atual é devido primordialmente à difusão da obra codificadora. Ela se conforma na Idade Média e desenvolve a partir de uma sucessão de dogmáticas e metodologias jurídicas (BALIÑO, 2008, p. 33 e 202-203).

Para a dogmática jurídica do positivismo formalista legalista kelseniano, o direito filosoficamente se

confunde com a lei, que é norma e forma; epistemologicamente, o direito é a ciência cujo objeto é a norma jurídica como recipiente formal esvaziado de todo conteúdo (o qual se considera metajurídico) e cujo método é a imputação; praxeologicamente, o ordenamento jurídico opera de forma sistemática, mediante a aplicação de uma norma à realidade e a subsunção desta na hipótese normativa, por meio de um raciocínio lógico-formal-dedutivo-vertical-descendente (BALIÑO, 2008, p. 33; KELSEN, 2008, p. 71-72).

Como alerta LECOURT (1981, p. 234), o positivismo (escola filosófica preferida da ordem estabelecida ocidental) dispõe-se a justificar as práticas efetivas de controle social, sob a égide das ciências chamadas humanas.

Já para a dogmática do jusnaturalismo moderno racionalista, o direito consiste filosoficamente em princípios universais, eternos e imutáveis, válidos para todo tempo e todo lugar; epistemologicamente, é uma disciplina filosófica, pertencente a (ou aparentada com) a ética social, que reflete metafisicamente sobre a natureza abstrata do homem como fonte de princípios jurídicos; praxeologicamente, o ordenamento jurídico supõe a derivação de segundos, terceiros e ulteriores princípios que a razão prática extrai dos primeiros princípios para regular a conduta do homem em sociedade (BALIÑO, 2008, p. 33).

É notável que a tradição jurídica ocidental se tenha afastado dos defasados conteúdos materiais do direito romano e aprofundado nas formas fecundas da tradição romanista (BALIÑO, 2008, p. 36-38).

Essa tradição romanista concerne a certas (a) idéias jurídicas fundamentais, (b) métodos para que se encontrem soluções jurídicas materiais e (c) *regulae juris* representantes de um rico acervo tópico de razões jurídicas a

partir de que se pode entretecer a argumentação (BALIÑO, 2008, p. 37). Aí reside o caráter clássico (reinterpretável e reutilizável) do direito romano: no seu perfil formal, integrado por idéias, métodos e regras de jurisprudência (BALIÑO, 2008, p. 37), nos *comos* mais que nos *quês* (BALIÑO, 2008, p. 36 e 41).

A ciência jurídica baixomedieval, recuperando com sucesso os textos de Justiniano, serviu-se do perfil formal romano, recorrendo-lhe aos métodos, idéias, conceitos e regras e lhe aproveitando as soluções como fonte de inspiração e contraponto dialético na elaboração das próprias reorientações (BALIÑO, 2008, p. 420).

## **2 Da jurisprudência romana à ciência jurídica romano-canônica da baixa idade média: conformação do *jus commune* europeu**

Se se dispensam os conteúdos e soluções concretas do direito romano, sobra-lhe ainda o vastíssimo espaço das idéias, métodos e conceitos, em que se acham (a) um amplíssimo acervo de noções filosóficas e idéias filosófico-jurídicas (muitas das quais arraigadas na reflexão jurídica grega), que serviram de inspiração para (b) um enorme repertório de *regulae juris* de valor tópico extraordinário e (c) um *modus procedendi* exemplar no que diz respeito ao achado de soluções jurídicas, de que os modernos processos de criação jurídica ainda podem extrair muitas lições (BALIÑO, 2008, p. 106).

A importância do direito romano hoje, pois, é meramente formal, não material ou quanto ao conteúdo (BALIÑO, 2008, p. 106), descobrindo-se por seu estudo que o direito não é senão uma tarefa de juristas que devem ter

por atividade prioritária a busca de soluções prudentes para reconduzir a realidade (BALIÑO, 2008, p. 107).

O direito romano possuía uma admirável mobilidade e agilidade para se acomodar a novas circunstâncias, valendo-se da moderação da jurisprudência, que se afastava do formalismo na medida em que ao magistrado era concedida liberdade e autonomia na aplicação da lei para que esta não se revelasse a maior injúria (*summum jus, summa injuria*) – LIMA, 1999, p. 238. Ele acusa que a obrigatoriedade do direito deve repousar mais em sua condição de saber socialmente reconhecido (*auctoritas*) do que no poder, mesmo o reconhecido socialmente (*potestas*) – BALIÑO, 2008, p. 108. O estudo do direito romano reivindica a autoridade da ciência e sua liberdade para com o poder (BALIÑO, 2008, p. 108).

Entre os diversos critérios jurídicos empregados na periodização do direito romano, o mais apropriado, segundo BALIÑO (2008, p. 110), é o processual, que identifica os seguintes períodos da jurisprudência romana: (a) arcaico, da fundação de Roma a 130 a.C.; (b) clássico, de 130 a.C. a 230 d.C.; (c) pós-clássico, de 230 d.C. a 530 d.C..

No período arcaico, a Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), a despeito de controvérsias sobre sua autenticidade, seguramente abordou o direito penal, o qual, apesar de seu primitivismo e crueldade, encontrava-se já em trânsito do talião a um sistema *composicional* e distinguia entre delitos públicos (*crimina*) e privados (*maleficia*) – BALIÑO, 2008, p. 111-112.

A ampliação territorial de Roma a partir das Guerras Púnicas e sua urbanização acarretaram conflitos novos e de maior complexidade bem como a acumulação dos bens materiais necessários ao ócio favorável a atividades culturais elevadas e desinteressadas (BALIÑO, 2008, p. 113). O cosmopolitismo e a tolerância decorrentes

propiciaram a jurisprudência romana clássica (BALIÑO, 2008, p. 112-113).

O pretor urbano passou a imitar o pretor peregrino, que, livre do rigorismo do direito quirício, atuava com maior liberdade, adequando suas soluções aos novos problemas, sem necessidade de limitar-se às rígidas e estreitas vias do tradicional direito romano (BALIÑO, 2008, p. 114).

O objeto da jurisprudência romana clássica, portanto, foram a realidade e seus conflitos, os quais deviam ser redirecionados, com um claro sentido de praticidade, a partir da consideração de cada caso concreto, para cuja solução o *corpus* responsivo era levado em conta com efeitos meramente orientadores e não vinculantes (BALIÑO, 2008, p. 116).

A depuração metodológica da jurisprudência romana produziu-se mediante o aproveitamento da filosofia e, em particular, da lógica gregas, primeiro com a aplicação da técnica retórica e posteriormente da dialética (BALIÑO, 2008, 116). A recepção e o emprego do método dialético, assim como as técnicas lógicas da inferência e da dedução, permitiram à ciência romana do direito equilibrar a *interpretatio* social originária, pragmática e casuística, com um *hermeneuma* cultural tópico capaz de aproveitar as *regulae juris* como orientações prudenciais para elaborar soluções cada vez mais perfeitas (BALIÑO, 2008, p.117).

Já no século II a.C., contudo, nota-se uma evolução no ensino do direito em virtude da *cientificização* da jurisprudência, a qual, por seu turno, principia a relegar suas bases empíricas para se voltar com crescente interesse hermenêutico sobre o acervo cultural dos *responsa* (BALIÑO, 2008, p. 117). A partir do Principado, a autonomia e independência da jurisprudência vai-se perdendo até desaparecer todo vestígio da *auctoritas*

(BALIÑO, 2008, p. 119). O direito deixará de ser concebido como *jus* (o justo, a solução ajustada ao problema) para se converter na diretriz imposta pelo poder, na norma estabelecida que rege e governa os homens, no *directum* (BALIÑO, 2008, p. 120).

O *Corpus Juris Civilis* (especificamente os *Digesta*, compêndio antológico de *jura*, e o *Codex*, compilação de *leges*) recolheu fragmentos de opiniões e ensinamentos dos juristas clássicos e diretrizes normativas clássicas e pós-clássicas, retocadas pelos *emblemata Triboniani* e marcadas pela moral cristã (BALIÑO, 2008, p. 121). Nele se encontram confundidas, portanto, sem possibilidade de separação, três tradições romanistas distintas (a clássica, a pós-clássica e a cristã), além de dois estilos literários quase antinômicos, o latino (as regras simples e lapidares devem-se à severidade lacônica da língua latina clássica) e o bizantino (BALIÑO, 2008, p. 122 e 124). Por motivo da influência do direito canônico sobre o romano justinianeu, sofreram mudanças as instituições que demasiado afrontavam a dignidade humana, como as crueldades no processo penal (LIMA, 1999, p. 235).

Para Ulpiano, a justiça era uma virtude própria dos juízes (*Dig.1.1.10*). A relação entre justiça e direito foi invertida pelo jusnaturalismo moderno, que fez da primeira uma espécie de fim *ideal* do segundo (BALIÑO, 2008, p. 125-126).

Retomando a definição de Celso, Ulpiano exorta os juristas a que promovam o bem não apenas infundindo medo pelas penas (*Dig.1.1.1*), pois o direito se encontra, primeira e originariamente, na realidade social, em seus conflitos e na solução concreta destes; tão-só em segundo plano, na formalização tipificadora dessa solução em regras (BALIÑO, 2008, p. 127).

A liberdade tem valor inestimável (*Dig.50.17.106*).

A relação entre elementos romanos e germânicos conforma o direito da Idade Média e uma tradição jurídica que se passaria a denominar romano-germânica (BALIÑO, 2008, p. 146). O aforismo jurídico baixomedieval *ex facto jus oritur* ratifica então o íntimo apego do direito à sociedade (BALIÑO, 2008, p. 141). A despeito da germanização material do direito, sobrevive-lhe a forma romana nas diversas monarquias bárbaras, cuja nobreza, a partir do século III d.C., estudava cada vez mais freqüentemente em Roma (BALIÑO, 2008, p. 146, 150 e 151).

Os direitos germânicos caracterizavam-se pela crueldade dos castigos e apegavam-se a uma férrea idéia de ordem (fundamento de sua severidade), notas materiais que ressurgiriam, com notável perseverança, na tradição jurídica ocidental (BALIÑO, 2008, p. 152). Identificavam crime, pecado e desordem, sendo estes os males que conspirariam contra a viabilidade da comunidade; o castigo era santo e sua crueldade era um ato coletivo de autodefesa (BALIÑO, 2008, p. 152-153).

Diminuídos na Europa a insegurança e o medo próprios da ordem social feudalista, encerrado que se havia um período de invasões, contido o que se via como ameaça islâmica e reaberto comercialmente o continente, inicia-se uma nova época, em que o ócio favorece o estudo e as artes (BALIÑO, 2008, p. 157). Na Baixa Idade Média, surge uma cultura universitária que se apóia, como ela mesma alega, em ombros de gigantes (referindo-se à tradição cultural) para deles contemplar a realidade com os próprios olhos (*interpretatio social*), num tradicionalismo chamado atualizador-projetivo por BALIÑO (2008, p. 167 e 171).

O *mos italicus docendi* ou modo jurisprudencial italiano foi um jeito peculiar de conceber, operar e ensinar o direito; surgiu com a recuperação dos *Digesta* e com haver-se-lhes atribuído condição de autoridade (*vis intellectiva*): primeiro como *lex imperialis*, depois como *ratio scripta* e enfim como *lex communis* (BALIÑO, 2008, p. 187). Suas três principais escolas foram a dos glosadores (1100-1250), a dos ultramontanos (1250-1300) e a dos *consiliatores*, comentaristas ou pós-glosadores (1300-1450) – BALIÑO, 2008, p. 187.

Uma das vertentes da segunda geração de glosadores, dita heterodoxa ou equitativa e estabelecida por discípulos de Martinus Gosia, postulou uma compreensão dos textos a serviço das novas realidades sociais e com recurso à equidade (*aequitas martiniana*) – BALIÑO, 2008, p. 193. Para essa vertente, a equidade residia originalmente no mundo da realidade social (*aequitas rudis*) e apenas derivadamente nas reelaborações jurisprudenciais (*aequitas condita*), que seriam formulações típicas a serviço daquela realidade (BALIÑO, 2008, p. 194).

O mérito principal dos ultramontanos radica na adoção, adaptação e aplicação do método escolástico à ciência e à *praxis* jurídicas (BALIÑO, 2008, p. 195). A despeito dos abusos da escolástica tardia, é notório que esse método prestou um serviço considerável ao pensamento jurídico ocidental (BALIÑO, 2008, p. 195). Ele parte da colocação de problemas em forma de perguntas e busca a solução confrontando opiniões favoráveis e contrárias, aceitando o argumento de autoridade sem contudo se aferrar a ele (BALIÑO, 2008, p. 195). A propósito, todo argumento que fundamente a validade obrigatória do direito não será senão um argumento de autoridade (BALIÑO, 2008, p. 196). O método escolástico foi o método jurídico por excelência até o século XIX, quando a codificação racionalista o substituiu por um método exegético

empobrecido que desembocou na metodologia formalista do positivismo legalista (BALIÑO, 2008, p. 197).

A maturidade máxima do *mos italicus* veio com os pós-glosadores, comentaristas ou *consiliatores*, cujo pensamento desenvolveu-se no norte da Itália durante os séculos XIV e XV (BALIÑO, 2008, p. 197). Sem deixar de ser uma escola acadêmico-universitária como as anteriores, a maioria de seus mestres adotou a novidade de exercer a profissão de juristas práticos, com uma adaptação muitas vezes subversiva da tradição romanista (adaptação, às vezes, abertamente contrária ao sentido conceptual dos fragmentos de direito romano citados) aos novos contextos sociais de seu tempo, visando a um equilíbrio prudencial entre a efetividade e a validade, entre a *interpretatio* social efetiva e o *hermeneuma* cultural fundamentador (BALIÑO, 2008, p. 197, 199 e 200).

Do século XII ao XVI, período dito clássico da jurisprudência canônica, molda-se o *Corpus Juris Canonici*, cujas principais obras são o *Decretum Gratiani* (ou *Concordia Discordantium Canonum*) e as Decretais (confeccionados aquele e estas entre os séculos XII e XIII), havendo a jurisprudência canônica de decretistas e decretalistas atingido seu clímax entre os séculos XIII e XIV (BALIÑO, 2008, p. 175).

O *Decretum Gratiani* é o ponto de partida do longo percurso em que se distingue o discurso jurídico-canônico do teológico (BATISTA, 2002, p. 190). Dentre as ferramentas hermenêuticas de que se valia Graciano, destaca-se a *ratio dispensationis* (a propósito, o vocábulo *dispensatio*, nesse sentido, é próprio do direito canônico – BRYSS, 1925, p. 87), com que, ante a flexibilidade do ordenamento canônico (expressa na máxima, amplamente aceita, de tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual), chegava-se a dispensar, no caso concreto, a aplicação de uma norma geral válida (BALIÑO, 2008, p. 177). A premissa orientadora subjacente a

essa ferramenta era o fato de que, muitas vezes, consideradas as particularidades do conflito e para o redirecionar levando-as em conta, convinha a aplicação temperada da norma geral válida (*temperatio legis*) ou sua desaplicação (*relaxatio legis*) – BALIÑO, 2008, p. 177.

Conformou-se assim um *jus commune* europeu como discurso universitário e ordenamento prático, como um acervo tópico de soluções, opiniões, comentários e reelaborações jurisprudenciais (inspirado pelo direito romano e nutrido pelo canônico) que colheu diversas instituições dos distintos direitos singulares com o propósito de reconduzir os problemas sociais do fim da Idade Média e começo da Moderna, mediante o emprego duma enorme gama de instrumentos e recursos metodológicos idôneos para a reorientação do conflito social e o aproveitamento da tradição cultural jurídica, cuja contextura originalíssima foi a de uma vastíssima bagagem de princípios e regras jurídicas abertas à evolução por inovação (BALIÑO, 2008, p. 203).

Os diversos ordenamentos jurídicos nacionais configurados durante a Idade Moderna recepcionaram esse *jus commune* por intermédio (a) da difusão das idéias científicas do *mos italicus docendi*, que se verificou a partir da terceira geração da escola dos glosadores, os quais espalharam seus ensinamentos pelas várias universidades européias (recepção teórica e universitária), e (b) do aproveitamento prático das soluções concretas da jurisprudência baixomedieval para a reorientação jurídica dos problemas sociais (recepção prática e jurisprudencial) – BALIÑO, 2008, p. 203.

As similitudes e diferenças entre os diversos direitos e ciências jurídicas ocidentais devem-se às particularidades dos fenômenos receptivos a que foram submetidos uns e outras (BALIÑO, 2008, p. 207).

### 3 O direito ocidental moderno

O sistema de direito codificado da modernidade é um ordenamento jurídico (a) cuja obrigatoriedade descansa fundamentalmente na *potestas* do Estado, (b) cuja conformação é preponderantemente sistemática, (c) em cuja elaboração se percebe um imprudente desequilíbrio entre *interpretatio* e *hermeneuma*, com preponderância desmedida do segundo sobre a primeira, (d) de monismo ostensivo quanto às fontes do direito e (e) que mostra em suas soluções a busca de uma ordem geral e abstrata onde exista certeza *ex ante* do direito aplicável, ainda que em sacrifício da justiça no caso concreto (BALIÑO, 2008, p. 50).

A esse sistema opõem-se, em todos os aspectos, a jurisprudência romana clássica e, via de consequência, o *mos italicus* baixomedieval, naquela inspirado.

A função diretriz do direito exige a capacidade de mover vontades, seja por sua natural razoabilidade (*auctoritas*, simbolizada pelo *jus*) ou por imposição coativa (*potestas*, representada pela *lex*) – BALIÑO, 2008, p. 51. Na *auctoritas* é que residia a obrigatoriedade (associada, pois, ao reconhecimento social de um saber) do direito de juristas do período clássico da jurisprudência romana ou da ciência jurídica baixomedieval (BALIÑO, 2008, p. 54).

Quanto ao *modus procedendi* do raciocínio dos juristas, chama-se de (a) sistemática a aplicação vertical lógico-dedutiva de certos princípios axiomáticos por meio de raciocínios silogísticos necessários e inexoráveis (como no positivismo formalista legalista) e (b) tópica a argumentação retórica que, partindo de premissas muito diferentes (lógicas, quase-lógicas, pragmáticas, situacionais, jurídicas), chega a soluções plausíveis e verossímeis, mas nunca únicas e necessárias (como na jurisprudência romana clássica e na baixomedieval de *mos italicus*) – BALIÑO,

2008, p. 55-58. Para a tópica (e o *mos italicus* baixomedieval), portanto, importa menos a elaboração de regras do que a descoberta de soluções apropriadas para os casos concretos (BALIÑO, 2008, p. 56).

No que pertine ao equilíbrio entre *interpretatio* e *hermeneuma*, entre realidade e cultura, foram momentos estelares na cultura jurídica ocidental a jurisprudência romana clássica e a escola italiana dos *consiliatores* baixomedievais (duas experiências jurídicas históricas equilibradamente prudenciais), que viam os segundos (*hermeneuma* e cultura) a serviço das primeiras (*interpretatio* e realidade) – BALIÑO, 2008, p. 60.

Por sua vez, o pequeno número de fontes de conhecimento e criação jurídicos é diretamente proporcional à diminuição da flexibilidade e elasticidade necessárias à adaptação às sempre mutantes exigências sociais (BALIÑO, 2008, p. 61). Os ordenamentos que apresentam maior número de fontes é que oferecem riqueza e diversidade de alternativas, contribuindo assim com um acervo de soluções mais completo para reorientar os conflitos sociais (BALIÑO, 2008, p. 61). Nos ordenamentos jurídicos plurais (jurisprudência romana clássica, direito baixomedieval), importa mais o achado de uma solução idônea, a qual é associada à alta cultura jurídica (BALIÑO, 2008, p. 61).

Enfim, a justiça tem sido tradicionalmente oposta, nas decisões, à ordem ou à segurança jurídica (BALIÑO, 2008, p. 63). É preciso ter em mente, porém, que o direito sempre será *ordem* e o característico duma ordem *justa* é a *segurança* de que se realizará segundo uma medida que tomará em consideração a *individualidade das pessoas* e a *concreção das coisas* (BALIÑO, 2008, p. 64-65). Na tradição jurídica ocidental, existem ordenamentos jurídicos que assim (como ordem *justa*) buscaram configurar-se: deles são exemplos a multirreferida jurisprudência romana

clássica e, por excelência, o direito canônico baixomedieval, em que couberam a *temperatio legis* (aplicação dulcificada da lei) e destacadamente a *relaxatio legis* (desaplicação da lei ao caso concreto) – BALIÑO, 2008, p. 65.

#### **4 O teorema baliñiano global do direito**

O direito, para BALIÑO (2008, p. 8), é, em termos gerais, a ordem social (o justo) das liberdades interativas (a faculdade) formalizado imperativamente (o direito positivo) – BALIÑO, 2005, p. 64. Partindo dessa pré-compreensão do jurídico, deve-se testar sua resistência, confrontando-o com a tradição jurídica ocidental considerada como experiência diacrônica, visando oxigenar a dogmática contemporânea (BALIÑO, 2008, p. 7).

O fundamento da dignidade humana reside na liberdade, que não pode ser entendida como uma (liberdade) locomotora empiricamente considerada, mas em sentido ontológico, teleológico e deontológico (BALIÑO, 2005, p. 81-82), como exigência racional de realização das próprias potencialidades (BALIÑO, 2008, p. 9).

Antropologicamente, pois, o direito é a delimitação de liberdades interativas e contrapostas, a qual visa evitar interferências e, em caso de que estas se produzam, buscar compensações e estabelecer responsabilidades; noutras palavras, é o conjunto das limitações estabelecidas para com as faculdades subjetivas, na busca de garantir o respeito à pessoa humana e promover seu livre desenvolvimento (BALIÑO, 2008, p. 9).

Sendo a experiência da ordem justa uma (experiência) de ações humanas inteligentes e voluntárias, o apelo fundamental à natureza das coisas deve dar-se a partir da articulação com a liberdade e a história (BALIÑO, 2005,

p. 98-99), mediante um juízo orientado pela prudência, encarregada esta de determinar o justo para o caso concreto (BALIÑO, 2008, p. 11).

A despeito das inconsistências e dos abusos do formalismo jurídico, o qual quis identificar e esgotar o direito na norma legislada, este, de fato, exige (como expressão, relação social comunicativa e medida) símbolos, signos e sinais para se exprimir e, mais especificamente, designar determinadas realidades e delimitar certos âmbitos de licitude (BALIÑO, 2008, p. 12).

Dada a natureza das realidades significadas e dos âmbitos designados, a fidelidade expressiva dos signos e designações jurídicas deve estar garantida por meio de formas, procedimentos e sanções (BALIÑO, 2008, p. 12).

Com a crise do legalismo e o presente auge das demais fontes formais do direito, dentre que se destacam os princípios jurídicos, passam estes a oferecer especiais virtualidades jusfilosóficas (BALIÑO, 2008, p. 12).

Por sua pluralidade significativa, ambigüidade criativa e hermenêutica, obrigatoriedade matizada e revisabilidade variada, constituem os princípios jurídicos uma forma flexível, dinâmica e protéica, além de que, por ocuparem uma posição intermediária entre a visão tópica e a sistemática do direito, servem de ponte entre o pensar aberto e o fechado, bem como de lugar de encontro das tradições do *common law* e do *civil law* (BALIÑO, 2008, p. 12).

Duma perspectiva formal compreensiva, portanto, o direito é a tipificação simbólica da licitude e do dever de acordo com o justo, cuja fidelidade expressiva está garantida por uma gama de formas cuja relação dialética com os conteúdos jurídicos e flexibilidade variam segundo a contextura (BALIÑO, 2008, p. 12-13).

A perspectiva histórico-filosófica permite refletir sobre o direito que é e existe historicamente e não sobre o

direito que é pensado, idealizado e abstraído de sua concreção existencial (BALIÑO, 2008, p. 13). A historicidade influi no atuar jurídico, informando a prudência na determinação do justo concreto, nas diversas aplicações e formulações culturais, nas tensões entre o equilíbrio e a mudança social, assim como na própria expressividade comunicativa do direito (BALIÑO, 2008, p. 13).

O direito, então, pode ser visto como uma realidade essencialmente histórica, consistente no justo concreto determinado dialeticamente pela prudência e cuja aplicação a uma quase infinita variedade de circunstâncias e diversa formulação cultural são vertidas numa pluralidade de formas historicamente mudáveis (BALIÑO, 2008, p. 13).

BALIÑO (2008, p. 14) considera qualidades essenciais do direito ser este (a) uma delimitação da liberdade humana para garantir o respeito à pessoa, (b) uma realidade social relacional e polar e (c) uma medida proporcional de igualdade obrigatória entre coisas e pessoas descoberta ou determinada por uma prudência especial informada de maneira simultânea pela hermenêutica (de textos) e pela interpretação (de fatos). As condições normais de realização existencial do direito, a seu ver, seriam (a) expressar-se mediante tipificações formais de licitudes e deveres e (b) adotar historicamente diversas formulações culturais (BALIÑO, 2008, p. 14).

O referido autor reconhece ao direito as seguintes causas: (a) material, a relação social distante e polar; (b) eficiente, a liberdade pessoal; (c) formal, a obrigatoriedade fundada na natureza ou na vontade (determinação convencional do útil); (d) final, a ordem justa como igualdade entre coisas externas e pessoas estranhas (BALIÑO, p. 14).

As características comuns a todas as perspectivas unilaterais do direito são a liberdade, a relação, a ordem e a obrigatoriedade; o *gênero* do direito são as

relações sociais humanas distantes e polares, sua *diferença* é a ordenação igualitária e obrigatória conforme à prudência e seus *próprios* são a tipificação de licitudes e deveres e sua formulação cultural diversa, tendo por *perspectiva essencial* a ordem justa (BALIÑO, 2008, p. 14).

O teorema baliñiano global do direito, desse modo, toma este pela realidade social consistente no conjunto de relações distantes e polares ordenadas consoante certa medida proporcional de igualdade obrigatória determinada pela prudência, que se expressa mediante licitudes e deveres tipificados em diversas formulações culturais históricas (BALIÑO, 2008, p. 14).

## **5 Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do teorema baliñiano global do direito**

O abolicionismo penal de percurso ratifica o teorema baliñiano global do direito e inegavelmente se insere na tradição jurídica ocidental.

Como explica PASSETTI (2004, p. 27),

O abolicionismo penal é um percurso no qual pessoas atuam lado a lado compondo um fluxo que vai dos envolvidos na situação-problema aos intelectuais nas universidades, constituindo-se numa nova linguagem. (...) O abolicionismo penal passa a ser uma prática que não desconhece as implicações de poder e domínio resultantes da relação entre direito penal e ciências humanas, posicionando-se favorável a tomadas de decisão que abdicuem da aplicação universal da lei e da uniformidade dos procedimentos para tratar cada caso como singularidade.

THOREAU (2011, p. 56-57) chegou a sustentar que a autoridade do governo não poderia ter nenhum direito

sobre sua pessoa, senão o que esta lhe concedesse, não devendo o Estado achar incompatível com sua paz que vivesse à parte dele quem assim o desejasse: o abolicionismo penal de percurso não deve ser confundido com a postura anarquista desse autor (PASSETTI, 2004, p. 23, n. 8).

Não é possível ignorar a questão jurídica indígena (mormente em países nos quais os índios sejam maioria, como Bolívia ou Guatemala) e portanto (não é possível ignorar) aqueles que contrapõem à tecnocracia jurídica o desenvolvimento cultural próprio, enraizado em identidade, criatividade e dinâmica dissonantes da padronização estatal (CERVINI, p. 157-158), independentemente de que esta o reconheça (SANTOS, 1988, p. 78). Ainda no que concerne a direitos sociais e culturais, impossível fechar os olhos a que a própria cultura torna-se instrumento ideológico de opressão quando alegada na legitimação da subordinação ou coisificação da mulher (PETERSON; PARISI, 1998, p. 150). Entenda-se o abolicionismo penal de percurso, contudo, como uma prática que (I) não se pretende condutora ou esclarecedora da história da imobilidade ou ignorância dos povos e (II) não consagra a vitimização como igualmente (não consagra) o inocentar apriorístico do agressor (PASSETTI, 2004, p. 29-30).

A incompreensão do assim definido abolicionismo penal de percurso reside no desconhecimento da tradição jurídica ocidental, em que ele se insere, e do que seja o direito, esmiuçado no teorema baliñiano global, exposto acima. Ignara, deixa-se imergir a sociedade numa cultura do medo, em que arbitrariedade e autoritarismo são tolerados em favor da segurança (PASTANA, 2003, p. 94).

O isolamento e a solidão são produtos de práticas totalitárias e, ao mesmo tempo, favorecem-nas, ao

destruir a capacidade política humana (ARENDDT, 1985, p. 475). A prisão é o grande fracasso da justiça criminal: ela não diminui as taxas de criminalidade, provoca a recidiva ante o estigma que não abandona o liberado, não cessa de fabricar delinquentes (ainda que indiretamente, quando lança à miséria a família do encarcerado) e torna estes cúmplices uns dos outros (FOUCAULT, 1975, p. 269-273). Percebem-no, cedo ou tarde, os mais empedernidos defensores da pena-castigo:

Partidário da rígida concepção retributiva da pena (como se pode ver tão bem pelo volume III dos “Comentários”), Néelson Hungria surpreendeu a todos quando, nas *Jornadas de Derecho Penal*, realizadas em Buenos Aires em agosto de 1969, quase septuagenário, sustentou a “unidade visceral” entre a pena e a medida de segurança, fazendo então uma nova profissão de fé: “Também eu fui partidário convencido da pena-retribuição. Como tal, fui um dos autores de um código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual me levaram a uma revisão de meu pensamento, para renegar, para repudiar, de uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, que de nada vale e é de resultado ineficaz. A pena retributiva jamais corrigiu alguém.”. As novas idéias do mestre aparecem em seu anteprojeto de código penal, que eliminou, por completo, as medidas de segurança detentivas para imputáveis, bem como em seus últimos trabalhos (...). A maior lição que Néelson Hungria deixa a seus discípulos é exatamente essa: a fidelidade e o amor à Ciência, a capacidade de renovar as próprias idéias, que ele revelou numa idade em que as antigas concepções dificilmente são alteradas. (FRAGOSO, 1980, p. 14).

É preciso advertir que a solução concreta a encontrar, proposta por um abolicionismo de resposta-

percurso a uma situação-problema, não pode criar novas tipificações, não escritas, que apenas reproduzam na praxe forense a esclerose legal:

Nas análises empíricas que se originaram do tema da tipificação, a principal ênfase de pesquisa recaiu sobre as suposições e pressuposições subjacentes de estruturas de tipificação particulares, os procedimentos concretos e as considerações que determinam a assimilação dos objetos e eventos em categorias e os papéis dessas categorias em ambientes sociais particulares. Grande parte desse trabalho empírico emergiu no campo do desvio ou lidou com *procedimentos de tomadas de decisão burocrática correlatos que são implementados no “processamento das pessoas”*. (...) Um dos primeiros exemplos dessa abordagem foi o conhecido estudo de David Sudnow “Normal Crimes” [“Crimes normais”] (1965). Nele Sudnow mostrava em detalhe que *os construtos de senso comum dos advogados públicos californianos relativos aos infratores típicos e aos padrões de comportamento da infração moldavam as suas abordagens dos acordos em justiça* e, portanto, de aspectos substanciais da administração da justiça. Em particular, ele mostrou que os construtos eram usados para determinar a adequabilidade de se entrar em acordo. Em entrevistas com réus eles foram usados para classificá-los como “casos” de maneiras que pressupunham a culpa destes. E esses mesmos construtos influenciaram fortemente o tipo de acusação a que finalmente se chegou em troca da confissão de “culpa”, sujeita apenas, como mostrou Sudnow, a uma nova consideração: a questão de saber qual sentença essa tipo de delito “normal” merecia. *As categorias de crime utilizadas pelos representantes legais foram, por assim dizer, indeterminadas pelo código legal*. (HERITAGE, 1999, p. 361-362).

Nem pode provocar o legislador, supostamente por temor da divergência jurisprudencial, a petrificar na lei um critério descriminalizador sujeito a tantas variáveis como o de bagatela, a exemplo do que ocorre na República Eslovaca (§ 125 do Código Penal eslovaco – Samaš, Stiffel e Toman comentam-no em 2006, p. 263).

Importa notar ainda que também os detratores do abolicionismo penal pregam deverem ser prudentes os juízes:

Alfim e ao cabo, o direito penal trata simplesmente de determinar se uma pessoa que causou um dano deve sofrer uma pena. Lamentavelmente, não apenas os fundamentos de muitas decisões judiciais resultam incompreensíveis, senão, o que é infinitamente pior, aquilo que resolvem é claramente injusto, contrário ao senso comum. Termina implicando, definitivamente, uma verdadeira privação de justiça à vítima e à sociedade. (...) Certamente, a seleção de bons juízes é a chave para acabar com a impunidade. Em épocas de ineficiência, escassos recursos policiais e alto nível de delinquência, as pessoas devem ao menos ter a convicção de que, se o culpado é apreendido, o juiz fará justiça. (MARTINI, 2010, p. 852 e 854).

(Pregam) que o abolicionismo (nomeadamente a justiça chamada restaurativa) geralmente reduz sua atenção à relação entre agressor e vítima, deixando de lado o interesse público, o qual *sempre* estaria entranhado no cometimento de um delito (TALE, 2010, p. 187).

Invocando São Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, III, q. 86, art. 4º., *respondeo*), sustentam enfim que a desordem da culpa não retorna à ordem da justiça senão pela pena (DIP, 2010, p. 734).

Em primeiro lugar, a sanção penal não difere essencialmente da civil nem pode ser conceituada levando-

se em conta sua (da sanção penal) finalidade, tenha-se esta por retributiva ou preventiva, já que os mesmos efeitos almejados podem vir a ser obtidos sem aquela (sanção penal) – KELSEN, 1979, p. 124. O que ocorre é um descrédito dos direitos civil e administrativo bem como da ética social, o qual conduz à expansão do direito penal – submetendo-o a cargas que, como *ultima ratio* que deveria ser, não é capaz de suportar (SÁNCHEZ, 2011, p. 58-64) –, eventualmente temperada pelos tribunais (BATISTA, 1999, p. 86-87). No entanto, quanto mais, num ordenamento, expandem-se os direitos e as garantias *com a incorporação de deveres públicos*, tanto maior pode vir a ser o afastamento entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor, entre dever ser e ser do direito; está, na verdade, na natureza *deôntica* dos deveres – não importa se impostos pelos poderes públicos – a *possibilidade de serem violados*, e é da natureza *deôntica* dos valores a *impossibilidade* mesma de serem *inteiramente* realizados (FERRAJOLI, 1989, p. 907).

Segundo, o abolicionismo penal não é estranho à tradição jurídica ocidental, podendo mesmo ser considerado um desdobramento de institutos baixomedievais de direito canônico com matiz romanista como a *temperatio* e a *relaxatio legis*, cuja aplicação se apoiava precisamente na prudência judicial, a qual tem emprego notório presente no Brasil como, *exempli gratia*, na Argentina:

Uma das faces que assume a “discricionariedade judicial” é o *afastamento do texto expresso das normas legais*. Uma consulta ao vasto e complexo relato histórico de nossa [argentina] Corte Suprema demonstra que, no exercício de legítimos poderes discricionários, pronunciou julgamentos *sem se ater às normas vigentes*, seja [a] quando sua interpretação sistemática assim o impõe; [b] porque o espírito que as nutre é o que se deve buscar à procura de

uma aplicação racional que afaste o risco de um formalismo paralisante; [c] quando elas conduzem a resultados “tão desarrazoados que não seria justo atribuí-los à intenção do Congresso”; [d] ou quando a expressão literal apresenta imperfeições técnicas que se contradizem com o espírito da lei vinculada com preceitos constitucionais que devem prevalecer. (MASCOTRA, 2010, p. 4).

Terceiro e ao contrário do que prega, dentre outros, ARISTÓTELES Τεχνῆς Πητορικῆς, I, 1369 b, e Ἠθικῶν Νικομαχείων, 1179 b, *in fine*), não cabe aos homens supostamente *elevantar-se* (ROMILLY, 2001, p. 224), pelo indiferente hábito ou por temor da punição, a normas e práticas tipificadoras que, artificial e arbitrariamente, desconsideram-lhe o específico em favor dum alegado interesse público. O seguinte exemplo, narrado por HULSMAN (2004, p. 55-63), bem ilustra uma situação com que não raro deparam os juízes:

Anos atrás, aconteceram três furtos com arrombamento em nossa casa, no intervalo de duas semanas. (...) telefonaram-me da polícia, informando que os responsáveis tinham sido presos (...) Dos três jovens, dois tinham 16 anos e o outro 17. Pedi para falar com eles. (...) Estávamos seguros e ressarcidos dos danos materiais; tínhamos nos tornado uma espécie de tios para os rapazes e amigos para os pais. (...) simplesmente, dei a partida com minha visita aos rapazes e a suas famílias. (...) Quando as acusações foram formalizadas, nem eu nem minha mulher víamos o que se poderia ganhar com um processo: não nos parecia que uma audiência fizesse sentido. (...) Não obstante minha oposição, [a integrante do Ministério Público] insistiu em afirmar que a justiça criminal não é apenas um assunto privado, devendo levar em consideração também o interesse público. Minha mulher começou a rir; tanto eu quanto a integrante do Ministério Público unimo-nos à sua risada. (...)

o único motivo pelo qual [a acusação pública] queria processar os rapazes era para enfatizar a gravidade dos furtos com arrombamento, como aqueles sofridos por nós. Era importante o que estes simbolizavam. (...) as *respostas tradicionais a fatos criminalizáveis* dão excelentes exemplos do que Nils Christie chama de “subtração dos conflitos”, na medida em que, com frequência, *inibem a tendência natural dos homens para a união diante de uma crise, impedindo, assim também, os desenvolvimentos sociais e pessoais que poderiam produzir em tais casos.*

Em situações assim, o irrefletido e asséptico (BALIÑO, 2005, p. 114) aplicar da lei é que conduz à injustiça e contrassenso que os antiabolicionistas denunciam na fundamentação de decisões judiciais, gerando perplexidade nos que se encontrem diretamente envolvidos no conflito que a norma proponha resolver, reforçando, por meio de um ritual *críptico*, o que CÁRCOVA (2006, p. 163-164) denomina *opacidade* do direito.

A segurança jurídica, aliás, é um mito que, como tal, visa conferir coerência narrativa à desordem da experiência e bem se exprime na notória conversão da culpa em dolo eventual (conceitos que outrossim não facilmente se distinguem ao leigo) promovida, nos relatos policial, do Ministério Público e judicial, para com os homicídios na condução de veículo automotor, após ter-se generalizado o delito e ante o clamor midiático por retribuição penal (CÁRCOVA, 2009, p. 34 e 41). Mídia que, atualmente, representa o auditório a conhecer e persuadir (sobre auditório, cf. PERELMAN, 1976, p. 108-109), intermediário entre os juízes e a sociedade.

Nesse ponto (segurança jurídica), a constituição revela-se e basta como instrumento legítimo no estreitamento das linhas conceituais do bem jurídico-penal, delimitando o poder punitivo em critérios, tanto quanto

possível, fixos, eficientes e concordes com seus valores gerais (PELARIN, 2002, p. 120-121). Para ZAFFARONI (2009, p. 183-184), a melhor garantia de eficácia do direito penal (até onde esta pode ser exigida) é o respeito aos direitos fundamentais. Não deixa a argumentação judicial, desse modo, de repousar sobre uma racionalidade jurídico-formal (ATIENZA, 2000, p. 244-245), não podendo contudo ser tachada de *formalista*.

Os ordenamentos jurídicos históricos, ensina BALIÑO (2005, p. 113-114) e testemunha a tradição ocidental (exemplarmente, o período clássico da jurisprudência romana e a jurisprudência baixomedieval do *jus commune*), *prescindem* do apego à forma, sendo esta uma característica *acidental* posta em primeiro plano pelo idealismo criticista, quando, em verdade, o procedimento não deve passar de uma racionalização metódica de passos a seguir a fim de assegurar uma resposta jurídica aceitável (BALIÑO, 2005, p. 116).

## Referências

ARENDDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Orlando: Harcourt, 1985.

ARISTÓTELES. Τεχνης Ρητορικης. In: BEKKER, Immanuel (ed.). *Aristotelis Rhetorica et Poetica*. 3a. ed. Berlin: Georg Reimer, 1859.

\_\_\_\_\_. Ἠθικῶν Νικομαχείων. In: BEKKER, Immanuel (ed.). *Aristotelis Ethica Nicomachea*. 3a. ed. Berlin: Georg Reimer, 1861.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 2000.

BALIÑO, Juan Pablo Pampillo. *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho. Un intento de re-construcción del jurídico desde la re-composición de lo humano para los albores de una nueva época*. México: Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_. *Historia general del derecho*. México: Oxford, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRYN, J. *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas usque ad medium seculum decimum quartum*. Brugis: Car. Beyaert; Wetteren: J. de Meester et filii, 1925.

CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2ª. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CERVINI, RAÚL. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Direito romano moderno*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DIGESTA. In: MOMMSEN, Theodor (ed.). *Corpus Iuris Civilis*. 5a. ed. Berlin: Weidmann, 1889, v. 1.

DIP, Ricardo. Pena y culpa (recordando párrafos iniciales de *Accogliete, illustri*). In: HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2010, cap. XXII, p. 719-736.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Nota explicativa. In: *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, t. 1, p. 9-15.

GRATIANUS. *Decretum Gratiani sive Concordantia discordantium canonum*. [S.l.: s.n., entre 12-- e 13--].

HERITAGE, John C. Etnometodologia. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (org.). *Teoria social hoje*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 321-392.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 35-68.

KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho*. México: UNAM, 1979.

\_\_\_\_\_. *Reine Rechtslehre: Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

LECOURT, Dominique. *L'ordre et les jeux: le positivisme logique en question*. Paris: Bernard Grasset, 1981.

LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.

MARTINI, Siro de. Pena, justicia y sociedad. In: HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2010, cap, XXVII, p. 835-863.

MASCIOTRA, Mario. Alcances y límites de la discrecionalidad judicial. *La ley*, Buenos Aires, ano LXXIV, n. 217, 15 nov. 2010, p. 1-5.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 13-33.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.

PETERSON, V. Spike; PARISI, Laura. Are women human? It's not an academic question. In: *Human rights fifty years on: a reappraisal*. Manchester: Manchester University, 1998, p. 132-160.

ROMILLY, Jaqueline de. *La loi dans la pensée grecque: des origines à Aristote*. Paris: Les Belles Lettres, 2001.

SAMAŠ, Ondrej; STIFFEL, Harald; TOMAN, Pavol. *Trestný Zákon: stručný komentár*. Bratislava: Iura, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3<sup>a</sup>. ed. Buenos Aires: Euros; Madrid: Edisofer; Montevideo: B de F, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

TALE, Camilo. El fin retributivo. In: HERNÁNDEZ, Héctor H. (dir.). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires : Cathedra Juridica, 2010, cap. III, p. 111-190.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2011.

TOMÁS DE AQUINO, São. *Summa integra Theologiae*. Hagenau: [s.n.], 1512.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

# **Considerações sobre os meios de comunicação, os recursos e a execução no procedimento do mandado de segurança instituído pela Lei n. 12.016/09 (artigos 13 e 14)**

**Ricardo de Oliveira Paes Barreto**<sup>128</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 Meios de comunicação das decisões no procedimento do mandado de segurança. 2 Recursos das sentenças em primeiro grau de instância. 3 Recursos das decisões originárias em grau superior de instância. 4 Reexame necessário em mandado de segurança. 5 Execução da sentença concessiva de mandado de segurança.

**Resumo:** O texto busca delinear os novos procedimentos relativos aos meios de comunicação processual, os novos traços recursais e executivos no procedimento do mandado de segurança instituído pela Lei n. 13.016/09, em seus artigos 13 e 14.

**Palavras-chave:** meios comunicação. Recursos. Execução. Mandado de Segurança.

**Abstract:** The text intends to demonstrate the new procedure about the ways of communication, the appeals and the execution in the procedure of the writ of mandamus brought by the federal brazilian law n. 12.016/09, arts. 13 and 14.

---

<sup>128</sup> Desembargador do TJPE, integrante e Presidente da 8ª Câmara Cível, especializada em Direito Público e Mestre e Doutorando em Direito Público pela FDR/UFPE. Ex-diretor do CEJ/TJPE.

**Keywords:** ways – communication – appeals – execution – writ – mandamus

## **Introdução**

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§ 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§ 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil.

## **1 Meios de comunicação das decisões no procedimento do mandado de segurança**

O artigo 13 da Lei n. 12.016/09 (LMS) cuida dos meios pelos quais a autoridade judiciária efetivará a execução da decisão concessiva da segurança, mediante

comunicação à autoridade apontada como coatora, para cumprimento, e ao órgão público personalizado ao qual essa autoridade está vinculada, para as medidas processuais cabíveis.

Com a decisão a ser cumprida, a autoridade judiciária competente, Juiz, Desembargador ou Ministro, deve determinar a expedição de ofícios com os dados necessários à sua efetiva execução, inclusive anexando cópia da decisão específica, os quais serão encaminhados respectivamente à autoridade apontada como coatora e à pessoa jurídica interessada.

Importante essa comunicação obrigatória da pessoa jurídica ao qual está vinculada a autoridade apontada como coatora, pois é ela quem tem legitimação recursal ou para ajuizar pedido de suspensão de segurança, não a autoridade apontada como coatora, que é exatamente aquela capaz de fazer ou desfazer o ato apontado como violador de direito líquido e certo reclamado.

Estas comunicações serão feitas por intermédio de oficial de justiça, pessoalmente, pelos correios, com aviso de recebimento, ou mesmo, excepcionalmente, diante da urgência que o caso concreto reclamar, por telegrama, radiograma, fax ou ainda e-mail, desde que preservadas as autenticidades da transmissão.

Esta última modalidade, por meio virtual, requer a observância das regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP – Brasil, instituída pela Medida Provisória n. 2.200-2/2001, constituindo uma cadeia hierárquica e de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação do responsável pela transmissão no meio virtual, como a internet.

Na prática, o certificado digital, documento eletrônico que por meio de procedimentos lógicos e matemáticos asseguraram a integridade das informações e a

autoria das transações, funciona como uma carteira de identidade virtual permitindo a identificação segura da autoridade judiciária e do conteúdo da decisão transmitida por meio virtual, como é o caso da rede mundial de computadores.

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

O artigo 14 da LMS traz algumas alterações em relação aos recursos diante de sentença ou acórdão que decidem a ação mandamental; no que se refere ao reexame necessário, como também no tocante aos eventuais efeitos pecuniários executivos desses julgados.

Um único artigo de lei com quatro parágrafos, porém envolvendo uma complexa realidade processual a depender de cada caso concreto impetrado.

## **2 Recursos das sentenças em primeiro grau de instância**

Inicialmente, passemos a analisar a cabeça do citado artigo, que estipula caber apelação da sentença que

conceder ou denegar a segurança, fazendo valer a regra comum do artigo 513 do CPC, diploma instrumental que, como sabemos, aplica-se subsidiariamente aos procedimentos previstos nessa lei, naquilo que não conflitante, de acordo com o princípio da especialidade.

Ocorre que além de variadas as espécies de sentença, nem sempre o mandado de segurança será decidido meritoriamente por sentença, pois nas ações mandamentais originárias dos tribunais, previstas nos artigos 102, I, “d”, da CF, perante o STF; 105, I, “b”, da CF, perante o STJ; 108, I, “c”, perante os Tribunais Regionais Federais, e, ainda, de acordo com a matéria e seus respectivos regimentos, perante o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior Militar, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados, a decisão concessiva ou denegatória da segurança se dará por terminativa monocrática ou acórdão do colegiado competente.

Cada hipótese, portanto, desafia uma espécie típica de recurso, não só apelação, como se aparenta, como também um procedimento adequado sob pena de, sendo o caso, não conhecimento do recurso com o conseqüente trânsito em julgado da decisão.

Devemos distinguir, assim, as sentenças de primeiro grau de instância, das decisões da segunda instância, estas divididas em monocráticas do relator e acórdãos do colegiado competentes para, em consequência, enxergar qual a correta adequação recursal e seu procedimento subsequente.

Quanto à sentença, esta pode variar em uma outra série de hipóteses, constituindo o ato processual que rejeita tecnicamente o processo, a teor dos incisos dos artigos 10 da LMS ou 267 do CPC ou que, aceitando-o,

declara o direito pleiteado, positiva ou mesmo negativamente, na forma dos incisos do artigo 269 do CPC.

Desse modo, devemos observar se a sentença indeferiu a petição inicial formalmente ou materialmente, ou quando admitida a petição inicial e formalizado o contraditório, foi proferida sentença com ou sem solução de mérito.

Indeferida formalmente por sentença a petição inicial da ação mandamental, adéqua-se à apelação prevista no artigo 296 do CPC, *verbis*:

Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

Vê-se que a sentença que indeferir a petição inicial do mandado de segurança, inclusive por ocorrência de decadência de direito processual (CPC, art. 267, I, c/c o art. 295, IV, c/c LMS, art. 23), desafia apelação no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 508), ou em dobro, se presentes qualquer das previsões dos artigos. 188 ou 191 do CPC, em cujo arrazoado deve-se requerer que o próprio juízo sentenciante anule sua decisão, caso fundada em *error in procedendo*.

Declarada pelo magistrado a nulidade da sentença, mesmo que em prazo superior a 48 (quarenta e oito) horas, já que este prazo não é peremptório, a sentença será desconsiderada e o processo seguirá em seus ulteriores termos, porém se o juiz decidir manter os termos da sentença, deverá imediatamente encaminhar os autos ao tribunal competente para processamento do apelo, sem necessidade de formação de contraditório quanto à autoridade apontada como coatora, ao ente personalizado

correspondente ou mesmo eventuais litisconsortes passivos necessários; em regime de prioridade (LMS, art. 20) e sem revisão (CPC, art. 551, § 3º), oportunizando-se a ouvida prévia da Procuradoria do Ministério Público com prazo de 10 (dez) dias (LMS, art. 12).

Provido o apelo, a consequência será a anulação da sentença com o destrancamento do processo originário, que deverá ter seu trânsito regular e, caso improvido, ratifica-se a sentença extintiva declarada.

Indeferida materialmente a petição inicial do mandado de segurança, adéqua-se a apelação prevista no artigo 285-A do CPC, *verbis*:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Portanto, se o juízo competente já houver proferido pelo menos mais de uma sentença de improcedência no caso concreto posto à sua nova apreciação, poderá ele dispensar a notificação da autoridade apontada como coatora, ou ainda a citação de eventuais litisconsortes passivos necessários, e proferir sentença denegando liminarmente a segurança perseguida, com efeito de coisa julgada material.

Aqui, a adequação recursal é de apelação no mesmo prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 508), ou em

dobro, se presentes qualquer das previsões dos arts. 188 ou 191 do CPC, em cujo arrazoado deve-se requerer que o próprio juízo sentenciante reforme sua decisão, caso fundada em *error in iudicando*.

Havendo reforma, mesmo que em prazo superior a 5 (cinco) dias, já que este prazo também não é peremptório, o juiz destrancará o processo, que seguirá em seus ulteriores trâmites, porém caso ele decida manter os termos da sentença, deverá determinar a formação de contraditório, em prazo de 15 (quinze) dias, quanto à autoridade apontada como coatora, ao ente personalizado correspondente (LMS, art. 14, § 2º) ou mesmo eventuais litisconsortes passivos necessários, os quais estariam legitimados a recorrer ordinariamente, e, em seguida, determinar a subida dos autos ao tribunal competente.

Na instância superior, oportuniza-se o parecer do Ministério Público com prazo de 10 (dez) dias (LMS, art. 12), incluindo-se o apelo em pauta em regime de prioridade (LMS, art. 20) e sem revisão (CPC, art. 551, § 3º).

Provido o apelo, a consequência será a reforma da sentença com a concessão da segurança pleiteada, no todo ou em parte, e, caso improvido o recurso, ratifica-se a sentença denegatória declarada.

Quando a sentença da ação de segurança for proferida em processo exauriente, no qual foram colhidas as informações da autoridade apontada como coatora e citados eventuais litisconsortes necessários, com ou sem apreciação do mérito reclamado, a adequação é da apelação ordinária prevista no artigo 513 do CPC, *verbis*: “Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).”

Processado o mandado de segurança em todas as suas fases procedimentais, ou seja, formação de contraditório específico e ouvida do Ministério Público, desta sentença, com ou sem resolução de mérito, cabe

apelação em idêntico prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 508), ou em dobro, se presentes qualquer das previsões dos arts. 188 ou 191 do CPC, em cujo arrazoado deve-se requerer ao tribunal competente a anulação da sentença, se fundada em *error in procedendo*, e/ou sua reforma, caso fundada em *error in iudicando*.

Formado o contraditório em recursal com prazo de 15 (quinze) dias, os autos devem ser encaminhados ao tribunal competente para julgamento, após se oportunizar parecer da Procuradoria do Ministério Público em 10 (dez) dias (LMS, art. 12), inclusão do apelo em pauta em regime de prioridade (LMS, art. 20) e sem revisão (CPC, art. 551, § 3º).

Provido o recurso de apelação, sendo anulada sentença extintiva do processo sem solução de mérito, a consequência é o seguimento do processo em seus posteriores termos ou, sendo o caso, quando cabível a aplicação da regra do artigo 515, § 3º, do CPC, caberá ao tribunal julgar a segurança no seu mérito, concedendo-a ou a denegando.

Caso provido o apelo e reformada a sentença, conceder-se-á ou denegar-se-á a segurança, quer ela tenha sido respectivamente denegada ou concedida, no todo ou em parte, seguindo as demais vias recursais, previstas no artigo 18 da LMS, até trânsito em julgado para oportuna e eventual execução.

### **3 Recursos das decisões originárias em grau superior de instância**

Nas instâncias superiores, quer nos tribunais inferiores (TRF, TJ, TRE e TRT), quer nos tribunais excepcionais (STF, STJ, TST, TSE e TSM), as ações de mandado de segurança originárias poderão ser julgadas monocraticamente pelos relatores, com ou sem apreciação

de mérito, ou mesmo perante o colegiado, através de acórdão, com ou sem julgamento de mérito.

A primeira das hipóteses é a do julgamento monocrático pelo relator que indefere a petição inicial da segurança requerida sem solução de mérito, na linha prevista no artigo 10 da LMS c/c o artigo 267 do CPC.

Desta decisão agora se adéqua o pedido de integração denominado recurso de agravo, nos termos do § 1º do artigo 10 da LMS, já que antes da vigência da atual LMS se adequava o agravo regimental, embora fungíveis, pedido cabível no prazo de 5 (cinco) dias, observadas as exceções dos arts. 188 e 191 do CPC.

Recebido o pedido de revisão integrativo, caberá ao relator retratar-se de sua decisão isolada, anulando-a e, destrancando a ação, determinar seu seguimento, ou, caso entenda pela manutenção de sua decisão terminativa, deverá levar o feito em mesa, quer dizer, sem inclusão em pauta, para julgamento preferencial na primeira sessão desimpedida do órgão competente do tribunal, sendo desnecessária oportunizar a ouvida prévia da Procuradoria do Ministério Público.

Improvisto que seja o agravo, mesmo por maioria de votos do colegiado integrador, será lavrado acórdão, ratificando-se a decisão monocrática e o indeferimento da petição inicial pioneira.

Provido o agravo, mesmo por maioria de votos do colegiado integrador, será lavrado acórdão, destrancando-se o processo, que deverá seguir sob presidência da relatoria originária em seus ulteriores trâmites.

A segunda das hipóteses é a do julgamento monocrático pelo relator que indefere substancialmente a petição inicial, denegando a segurança requerida, nos termos do artigo 285-A do CPC, quando já houver sido denegada

por pelo menos mais de uma vez pretensão mandamental idêntica por sua relatoria.

Desta terminativa, também ora se adéqua ao recurso de agravo, nos termos do mesmo § 1º do artigo 10 da LMS e dos respectivos tribunais processantes, no prazo de 5 (cinco) dias, observadas as exceções dos arts. 188 e 191 do CPC.

Admitido o integrativo, caberá ao relator retratar-se de sua decisão isolada, destrancando a ação e determinando seu seguimento regular, ou, caso entenda pela manutenção de sua decisão terminativa, deverá determinar a formação do contraditório com prazo de 15 (quinze) dias, quanto à autoridade apontada como coatora, ao ente personalizado correspondente (LMS, art. 14, § 2º) ou mesmo eventuais litisconsortes passivos necessários, os quais estariam legitimados a recorrer ordinariamente.

Em seguida, deverá se oportunizar a ouvida do Ministério Público com prazo de 10 (dez) dias (LMS, art. 12), levando o feito em mesa, para julgamento preferencial na primeira sessão desimpedida do órgão competente do tribunal.

Improvido o agravo, mesmo por maioria de votos do colegiado integrador, será lavrado acórdão, ratificando-se a decisão monocrática e a denegação da segurança, desafiando eventuais recursos extraordinário e/ou especial ou ordinário (LMS, art. 18).

Provido o agravo com a reforma do julgado monocrático, mesmo por maioria de votos do colegiado integrador, será lavrado acórdão concessivo da segurança requerida, no todo ou em parte, seguindo-se eventuais recursos extraordinário e/ou especial (LMS, art. 18).

Por fim, quando processado de forma exauriente o mandado de segurança originário, sob a presidência do relator competente (LMS, art. 16), ou seja, quando colhidas

as informações da autoridade apontada como coatora e oportunizado eventual contraditório de litisconsorte necessário, e, ainda, depois de ouvida da Procuradoria do Ministério Público, o relator deverá elaborar o relatório e determinar a inclusão do processo em pauta para oportuno julgamento, sem revisão e em ordem preferencial, conforme já anotado, na forma dos arts. 12 e 20 da LMS e 551, § 3º, do CPC.

Do acórdão extintivo, concessivo ou que denegar a segurança, adequar-se-ão os recursos extraordinário e/ou especial ou ordinário, a depender do conteúdo do julgado e da observância de todos os pressupostos recursais gerais e específicos.

Das decisões terminativas e dos acórdãos proferidos em mandado de segurança originários, devem ser intimados todos os interessados no processo, como também necessária e pessoalmente a Procuradoria do Ministério Público.

#### **4 Reexame necessário em mandado de segurança**

O § 1º do artigo 14 da LMS estipula que uma vez concedida a segurança, a sentença estará sujeita ao reexame necessário, ou seja, com ou sem recurso voluntário das partes, a sentença terá que ser submetida à revisão pelo tribunal competente, e apenas quando ratificada é que poderá ser executada definitivamente.

Impende ressaltar que a literalidade da norma não deixa dúvidas quanto ao cabimento da remessa oficial apenas em relação à figura processual “sentença”, excluindo do duplo grau obrigatório os acórdãos concessivos nas ações de segurança originárias, vez que estes feitos já são processados perante os tribunais, sendo certo que a sujeição

se dá quer esta sentença tenha concedido total ou parcialmente a pretensão mandamental deduzida.

Excluem-se da remessa oficial, ainda, as sentenças que indeferem a petição inicial formal ou substancialmente, como também aquelas proferidas após regular e exauriente processamento, quer extintivas ou denegatórias da pretensão mandamental.

Esta mesma regra de sujeição de sentenças ao duplo grau obrigatório está prevista no artigo 475 do CPC, quando líquidas ou ilíquidas contrárias aos interesses da fazenda pública, suas autarquias e fundações públicas, ou desconstitutiva que julgar procedente os embargos à execução fiscal, embargos de terceiro à execução fiscal ou acolher exceção de pré-executividade na execução fiscal.

A regra do CPC é geral, excepcionando as condenações originárias líquidas que não ultrapassem o equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos na data do ajuizamento da ação (§ 2º do mesmo artigo), ou, por qualquer valor, se a decisão está baseada em jurisprudência do Plenário do STF ou súmula do próprio tribunal ou do STJ (§ 3º do mesmo artigo).

A questão posta consiste em definir se estas exceções à regra do duplo grau obrigatório se aplicam ao regramento do mandado de segurança, que é especial, ou não, diante do já referenciado princípio da especialidade.

Conforme entendimento pacificado no STJ, a jurisprudência da 1ª Seção é no sentido de que as restrições ao reexame necessário previstas no artigo 475, § 2º, do CPC (introduzidas pela Lei n. 10.352/01), não são aplicáveis à sentença proferida no mandado de segurança, que se regem por disciplina própria (REsp 647.717/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25.02.2008) (REsp 924286/MT, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26/06/2008), especificando que a regra genérica do CPC não prevalece

sobre a regra especial da LMS, na linha traçada no artigo 2º, § 2º, da LICC.

Não visualizo outra forma de raciocínio lógico senão essa, de que as limitações impostas pelos §§ 2º e 3º do artigo 475 do CPC não se aplicam ao procedimento do mandado de segurança, de modo que toda e qualquer sentença concessiva de segurança, mesmo que em parte, estará obrigatoriamente submetida ao duplo grau de jurisdição, não fazendo coisa julgada material senão depois de eventualmente ratificada pelo tribunal competente à sua revisão obrigatória.

Outra questão decorrente do tema é a hipótese na qual o juiz sentencia concedendo a segurança e não determina a remessa ao duplo grau de instância no corpo da sentença, em sua parte final.

Como a sentença concessiva não transita em julgado, caberá à parte interessada atravessar petição nos autos requerendo a submissão legal, como uma peça aclaradora, porém se o juiz decidir pela rejeição da remessa obrigatória dos autos ao tribunal, a parte deverá peticionar ao Presidente do tribunal competente, o qual analisará o pedido monocraticamente e, sendo o caso, avocará o feito para processamento em reexame necessário (CPC, art. 475, § 1º), mediante distribuição a relator competente.

Se o Presidente negar o pedido de avocação, desta decisão se adéqua em 5 (cinco) dias agravo regimental ao órgão competente do mesmo tribunal, conforme regimento específico, cujo colegiado, por voto de maioria, ratificará a posição adotada monocraticamente por seu Presidente, ou, dando provimento ao recurso, determinará a subida dos autos para distribuição.

Outra opção que terá a fazenda pública prejudicada de provocar o reexame necessário não ordenado é através de preliminar em eventual apelação, caso em que,

por se tratar de norma cogente, o órgão competente dele poderá conhecer de ofício, promovendo com seu consequente julgamento.

Vale ressaltar que o reexame necessário tem efeito translativo, não se limitando à adstrição típica do recurso voluntário, ficando condicionada a eficácia da sentença concessiva da segurança à sua confirmação pelo juízo revisor competente, de modo que a omissão do julgador na sua remessa ao tribunal, inclusive se nos autos se certificou eventual trânsito em julgado, ato obviamente

inefcaz, tal sentença não terá força executiva, matéria que não preclui em eventual inadequada execução nela fundada.

## **5 Execução da sentença concessiva de mandado de segurança**

Os §§ 3º e 4º do artigo 14 da LMS cuidam de efeitos financeiros decorrentes de determinadas sentenças ou acórdãos concessivos de segurança, que poderão ser objeto de execução oportuna, provisória ou definitiva contra a fazenda pública.

O parágrafo terceiro estabelece que a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada legalmente a concessão da medida liminar, e o parágrafo quarto estabelece o termo inicial de eventuais efeitos financeiros declarados, que é a data do ajuizamento da inicial, o que constará da autuação do processo.

Estas vedações estão previstas no artigo 2º-B da Lei n. 9.494/97, quando a sentença determinar a liberação de recurso público, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias a servidores da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações.

Na mesma linha desse artigo, há vedações nos artigos 1º da Lei n. 5.021/66 e 5º da Lei n. 4.348/64.

Decisões outras fora dessas limitações, poderão ser executadas de imediato contra a fazenda pública, como por exemplo, cumprimento de obrigações de fazer, mesmo com efeitos financeiros reflexos, como fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos em atenção à dignidade da pessoa humana, de sua vida e saúde, na linha de reiterados precedentes de todas as Cortes de Justiça do país.

Com ou sem vedação legal, os efeitos do direito declarado na sentença ou na decisão do tribunal competente, especialmente financeiros, vão retroagir à data do ajuizamento do processo, para fins de execução contra a fazenda pública, na linha do artigo 730 do CPC, com citação do ente personalizado ao qual está vinculada a autoridade apontada como coatora naqueles autos para, querendo, embargar a execução em 30 (trinta) dias, nova decisão definindo o valor efetivamente devido e posterior submissão ao regime de precatórios.





**Centro de Estudos Judiciários**  
Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano  
Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Ala Norte  
Joana Bezerra, Recife-PE  
[www.tjpe.jus.br/cej](http://www.tjpe.jus.br/cej)