



UNIVERSO JURÍDICO

Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia – INESV
v. 1 n. 1 janeiro/junho – 2007 - Semestral

Diretor Geral
Tadeu Antônio de Oliveira Penina

Coordenadora Acadêmica
Eliene Maria Gava Ferrão

Coordenador Financeiro
Fernando Bom Costalonga

Coordenadores de Curso
Administração de Empresas / Ciências Contábeis
Alcione Cabaline Gotardo

Administração com Ênfase em Comércio Exterior / Administração com Ênfase em Análise de Sistemas
Elen Karla Três

Pedagogia / Letras / Normal Superior
Carina Sabadim Veloso

Direito
José Japiassu de Almeida Júnior

Bibliotecária
Alexandra Barbosa Oliveira

Presidente da Comissão Editorial
Eliene Maria Gava Ferrão

Comissão Editorial
Eliene Maria Gava Ferrão: Presidenta Comissão
José Japiassu de Almeida Júnior
Juracy José da Silva
Elen Karla Três
Carina Sabadim Veloso
Alcione Cabaline Gotardo
Késsya Pinitente Fabiano
Alexandra Barbosa Oliveira
Lourdes Aparecida de Souza Cezana
Zélio Bettero
Monike Meneguete Biancardi

Endereço para correspondência
Biblioteca Pe. Carlos Furbetta
Rua Jacobina, 165 – Bairro São Francisco
29830-000 – Nova Venécia – ES
e-mail: biblioteca@univen.edu.br

Capa
Maico Roncatto

Universo Jurídico / Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia – Nova Venécia: UNIVEN, (jan./jun. 2007).

Semestral
ISSN 1981-1454

I. Produção científica. II. Direito. III. Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia. IV. Título

UNIVERSO JURÍDICO

SUMÁRIO

ARTIGOS

A relativização da coisa julgada: nas ações investigatórias de paternidade....

07

Frank Vieira Machado

*Dominar o idioma pátrio – Fundamental no mundo
Jurídico..... 48*

Izabel Campos Dell'Orto Dias
Amarildo Adolfo

*Danos morais: critérios de aferição e quantum
indenizatório.....55*

José Japiassu de Almeida Júnior

*Usuário e dependente de drogas: vítimas ou delinqüentes da
sociedade?.....67*

Juracy José da Silva

*Ônus da prova no direito do
trabalho.....80*

Lawrence Lubiana Zanotti

*Acidente de
trabalho.....91*

Noemia Bosi

*Mandado monitorio: algumas considerações
práticas.....99*

Sandro Astolfi Tótola

ISSN 1981-1454

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Frank Vieira Machado¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é trazer uma contribuição ao debate acerca da aplicação do instituto da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, na tentativa de oferecer subsídio para a formulação doutrinária mais consistente a respeito da matéria. Dentro dessa perspectiva, analisa o instituto da coisa julgada no âmbito normativo com supedâneo na jurisprudência e na doutrina, sem perder de vista o seu caráter inconciliatório com as ações investigatórias de paternidade, diante do moderno exame do DNA. Relata o mister de estabelecer o cotejo entre os valores segurança e justiça no campo da aplicação do direito. Conclui aventando a possibilidade de aperfeiçoar o instituto da coisa julgada, com a aplicação de elementos já disponíveis no direito positivo.

PALAVRAS-CHAVES: jurisprudência, doutrina e julgada.

ABSTRACT

The present article shows a contribution about the application of the institute from the judged thing in paternity investigated actions, trying to offer subsidies to a consistent doctrinaire about this subject. In this perspective, it analyses the institute of the judged thing, emphasizing the incompatible nature with the paternity investigated action, faced with the modern DNA exam. It relates the importance to establish the comparison between the safety and justice values in area of law applications. This article concludes with the possibility of improvement the judged thing institute, with the application of elements in positive right.

KEY-WORDS: Jury, doctrine, judged.

¹ Professor do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia. Pós-graduado em Direito Público.

1 INTRODUÇÃO

Certos temas, nos mais diversos segmentos da ciência, parecem inesgotáveis, eis que os debates em torno dos mesmos jamais se encerram. Isso é exatamente a impressão que se extrai sobre a coisa julgada, porquanto o assunto é inesgotável e talvez o terceiro milênio não seja suficiente para a uma acomodação nos alicerces desse instituto jurídico.

É fascinante, na atualidade, o reestudo do instituto da coisa julgada e dos seus efeitos. O mito de sua imutabilidade nas ações investigatórias de paternidade e a ausência de um mecanismo para enfrentá-lo, em decorrência da perícia genética do DNA, é que despertou o encanto para o estudo e desenvolvimento do presente trabalho.

Apesar do pensamento contrário que viceja no âmbito teórico do processo, a idéia principal do referido trabalho é analisar e apresentar, de forma clara e convincente, uma nova concepção da efetiva e aplicabilidade da coisa julgada nas ações investigatória de paternidade, demonstrando o seu caráter de relatividade, sem, contudo, partir para o campo da sua eliminação.

Entretantes, dada a superficialidade e dissenso entre os juristas, essa não foi tarefa das mais simples. Além dos poucos doutrinadores que se atrevem a escrever especificamente sobre o tema, muitos se limitam tão-somente a determinadas situações, sem, no entanto, focar os seus aspectos mais elementares.

Nesse panorama, fez-se necessário uma ampla pesquisa, para que de posse de vários posicionamentos, sempre ratificados por transcrições doutrinárias e jurisprudências, os mesmos pudessem ser concatenados de forma lógica e coerente, de modo a buscar uma estrutura que facilitasse a compreensão da

relativização da coisa julgada e comprovasse a sua admissibilidade e eficácia prática.

2 A AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

2.1 CONCEITO e NATUREZA JURÍDICA

A ação investigatória de paternidade é uma espécie das ações de estado, das quais visam ao accertamento do estado da pessoa. Particularmente, a ação investigatória de paternidade, objetiva verificar a principal relação de parentesco que se tem no direito, isto é, a relação biológica de parentesco entre pai e filho.

Assim, a investigatória de paternidade é um instrumento processual que visa certificar a existência ou inexistência do vínculo biológico (relação natural, fática) entre pai e filho, seja para afirmá-lo, quando existe a ligação biológica entre eles, seja para negá-lo, quando não existe a ligação biológica entre eles.

Ademais, trata-se de uma ação de natureza declaratória, pois a mesma, não cria e nem tão pouco modifica a ligação genética de parentesco entre pai e filho, ou seja, ela não constitui para o filho, o seu estado de filho, nem constitui para o pai, o seu estado de pai, mas apenas declara juridicamente a preexistência ou não do vínculo biológico (relação natural) já existente no mundo dos fatos. Com isso, ela legaliza a situação de fato anterior, ou seja, a relação genética entre pai e filho.

As ações de investigação de paternidade podem ser classificadas em declaratória positiva ou declaratória negativa, quando tem por objeto respectivamente a afirmação ou negação à relação biológica de parentesco.

Outrossim, cabe esclarecer, que a investigatória de paternidade não verifica apenas o vínculo biológico de paternidade, mas desvenda principalmente, a verdadeira identidade genética da pessoa, libertando-a de sua angústia existencial, restabelecendo assim, a sua dignidade, tão importante para a formação de seu caráter.

“É ação que, em última análise, preserva a dignidade humana, reflete na personalidade, afasta incertezas, fortalece laços afetivos ou os torna tênues ou até lhes pode colocar fim.” (AC - Acórdão nº 155039 - Órgão: 4ª Turma Cível - TJDF - Rel. Jair Soares - 25/03/2002).

Portanto, a investigatória de paternidade é um instrumento processual imprescindível ao atendimento do direito natural e constitucional da personalidade, que por sua vez, faz parte do princípio da dignidade humana, fundamento da República².

2.2 CARACTERÍSTICAS

De acordo com o art. 27, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. [grifo nosso]”

O direito personalíssimo é o direito individual ou particular que todo indivíduo possui de verificar o seu estado, a sua identidade pessoal, a sua verdadeira relação genética de parentesco, em razão de ser um reflexo dos direitos da personalidade da pessoa humana.

² CF, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Todas as pessoas então, são dotadas de seu próprio direito personalíssimo, cada qual com a sua individualidade. Deste modo, o direito personalíssimo é intransmissível, insuscetível de ser exercitado por outrem, devendo ser exercitado pela própria pessoa que o detenha.

Outrossim, a ação de investigação de paternidade é, igualmente, um direito indisponível, isso significa dizer, que por se tratar de um reflexo dos direitos da personalidade, ela é um direito irrenunciável, dos quais não se pode dispor, transigir ou negociar.

Por outro lado, a investigatória de paternidade também é um direito imprescritível, porque os direitos relativos à personalidade das pessoas, não são direitos temporários, que se extinguem com o decorrer do tempo. No entanto, não há limitação temporal para que uma pessoa verifique o seu estado, como a sua relação genética paternidade, pois o tempo não pode afetar um direito natural e constitucional da personalidade humana.

Enfim, a ação de investigação de paternidade se reveste de todos esses predicados, para promover de forma plena, ampla e irrestrita o desenvolvimento da dignidade, atendendo a determinação constitucional.

2.3 LEGITIMIDADE

2.3.1 LEGITIMIDADE ATIVA

A ação de investigação de paternidade é um instrumento processual dos direitos da personalidade, disponível para toda pessoa que quiser verificar a sua relação genética de paternidade.

Assim, qualquer pessoa que tiver a sua relação biológica de paternidade incerta ou duvidosa, terá legitimidade para verificá-la através de ação investigatória de paternidade, pois além de ser uma das prerrogativas dos direitos da personalidade, existe interesse econômico³ e moral.

Aliás, “é possível ação declarativa do parentesco, ainda que se não alegue ligação a qualquer outro interesse. Basta o interesse mesmo do parentesco” (MIRANDA, 1998, p. 319)

Desta forma, todos filhos de qualquer natureza⁴, não importando a sua origem ou estado civil de seus pais, possuem legitimidade para ingressar com ação de investigação de paternidade, pois se trata de um direito natural e constitucional da pessoa.

[...] ‘saber a verdade sobre a paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar’, sendo um ‘desses poucos direitos aos quais se pode aplicar, sem excesso e hipérbole, a qualidade de ‘sagrado’, porque não se trata de arranjar um arrimo econômico para a vida (o que por si só já é importante), mas, muito mais do que isso, trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal’. (TEIXEIRA citado WELTER, 1999, p. 85-86)

Da mesma forma, todo pai (biológico ou registral) é dotado de legitimidade ativa para ingressar com a ação investigatória, porque além de nobres razões, possui legítimo interesse moral, em relação ao vínculo biológico parentesco, e ainda interesse patrimonial, em relação à questão sucessória e alimentar.

³ Porém, as pessoas que tiverem interesse puramente econômico, como exemplo, o credor do filho, que pretende investigar a paternidade para o fim de receber o seu crédito, que não possuem legitimidade ativa

⁴ Anteriormente, no sistema do Código Civil de 1916, nem todos os filhos eram dotados de legitimidade ativa, pois somente os filhos naturais entre os ilegítimos é que podiam ingressar com ação investigatória, enquanto que os filhos espúrios (incestuosos e os adúlteros) esbarravam na proibição dos arts. 358 e 363 do Código Civil de 1916.

Como se verifica, a ação investigatória de paternidade está disponibilizada para todas as pessoas que visarem ao acerto da sua relação biológica de paternidade, pois além de envolver interesses de ordem moral e patrimonial, é um direito constitucional da pessoa humana.

Contudo, o sistema existente hoje no direito pátrio, é o de livre propositura, onde não existe limite de legitimação ativa para que alguém acerte a sua relação biológica de parentesco, em razão de ser um direito fundamental de personalidade da pessoa humana.

2.3.2 LEGITIMIDADE PASSIVA

A ação de investigação de paternidade deve ser instaurada entre as pessoas que se encontram com a sua relação biológica de paternidade confusa.

Deste modo, a investigatória de paternidade deve ser proposta contra a pessoa, com a qual a relação biológica de paternidade se encontra duvidosa ou incerta, a fim de que seja acertada.

[...] devem ser citados, exclusivamente, os legitimados a contrariar o pedido, isto é, aqueles que podem alegar-se titulares do estado sobre o qual a sentença vai pronunciar-se e teria uma legitimidade igual àquela das partes. São aqueles sujeitos da relação jurídica que se instituiu ou se desfaz com a definição da questão de estado. (GRECO FILHO, 1999, p. 255)

Assim, o filho que quiser mover uma ação de investigação de paternidade, deverá promovê-la contra o suposto pai (registral ou biológico), do mesmo modo, o pai, deverá promovê-la contra o suposto filho (registrado ou biológico).

Entretanto, quadra registrar que, o art. 1.616 do Novo Código Civil de 2002, estabelece que “qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade”.

Sendo assim, a investigatória de paternidade movida contra um determinado indivíduo, poderá sofrer intervenção de terceiros (CPC, art. 46 e segs.) que tenham interesse na causa, seja o interesse moral, em relação ao vínculo biológico de paternidade, ou ainda interesse patrimonial, em relação a questão sucessória e alimentar. Por exemplo, se uma investigatória for movida contra um suposto pai (registral ou biológico), poderá ser contestada pela mulher do suposto pai, pelos seus filhos ou ainda pelos seus parentes sucessíveis.

Outrossim, destaca-se ainda, que em se tratando de ações de estado, como é o caso da investigatória de paternidade, se faz necessário que a sua interposição seja contra os legítimos contraditores, ou seja, quem tem legítimo interesse de causa, para que a autoridade da coisa julgada vincule terceiros estranhos ao processo.

2.4 O EXAME PERICIAL DE DNA

Até bem pouco tempo, o vínculo genético de paternidade era provado por meios presuntivos, como prova documental, depoimento pessoal e testemunhal, além de alguns exames periciais de pouca precisão.

Dos exames periciais o mais comum era o exame antropomórfico, o qual analisava os caracteres morfológicos externos dos pais e do filho, principalmente a características da cabeça: como a forma e a cor dos cabelos, existência de redemoinhos; formas da fronte, nariz, olhos, lábios, queixo, dentes e pavilhão das

orelhas; cor da íris; cor da pele e seus pigmentos; impressões digitais e todas anomalias anatômicas individuais de caráter genealógico.

Também era bastante utilizado o exame antropocinético, que verificava caracteres funcionais externos, como expressão fisionômica ou mímica facial, a atitude, a maneira de caminhar, a letra, a gesticulação, o timbre de voz. Além de outros exames como psicológicos e semiológicos, ou dos caracteres patológicos transmissíveis hereditariamente.

Ainda existia entre os exames periciais, o exame biológico do sangue ou hematológico (ABO; RH e MN), que por sua vez, vieram a ser mais confiáveis. Esses exames não serviam para afirmar o vínculo genético de paternidade, mas apenas para excluí-lo.

Com o surgimento do teste de HLA (antígenos leucocitários humanos), que utiliza grupos sanguíneos muito mais complexos, houve uma melhora sensível na confiabilidade das perícias hematológicas. Todavia, esse exame também não afirma o vínculo de paternidade, mas tão-somente certifica a sua exclusão.

Entretanto, com os avanços da engenharia genética, foi desenvolvido um novo tipo de exame pericial, denominado exame de DNA, que analisa a molécula do DNA (ácido desoxirribonucléico) humano, componente responsável pela herança genética das pessoas, e determina a identidade biológica da pessoa.

[...] este especializado exame de ser intitulado de Exame Determinativo da Identidade Biológica, porque o seu resultado é exatamente a determinação da identidade gênica do indivíduo...! Mais que uma impressão digital... Mais que um simples número, aleatório, determinado pela Polícia ou Receita Federal... O resultado desse exame permite classificar a pessoa, naquilo que ela tem de mais legítimo: a sua existência natural. [grifo do autor] (WELTER, 1999, p. 239).

Deste então, o exame de DNA, passou a ser a prova mestra nas ações investigatórias de paternidade, pois determina o vínculo biológico de paternidade, com um índice de precisão antes nunca verificado, de 99,99% (noventa e nove virgula noventa e nove por cento), considerado assim, como uma verdade científica.

Hoje, (...), não basta que se faça apenas o confronto fisionômico entre duas pessoas ou se utilizem apenas as provas testemunhais em situações nas quais se deseja determinar a paternidade ou maternidade com absoluta certeza. Apesar de as provas testemunhais continuarem tendo seu valor indubitável no contexto do processo, dispomos, agora, médicos geneticistas e profissionais da área de Direito, de uma tecnologia sofisticada para nos apoiar a tomar decisões com muito mais subsídios concretos do que até então. (RASKIN citado por BALLEIRO NETO, 2002)

Além do mais, a perícia genética, ainda se destaca das outras perícias convencionais, porque serve tanto para afirmar como para excluir o vínculo biológico de paternidade, eis que o seu resultado determina exatamente a identidade genética do indivíduo.

No entanto, apesar da certeza quase absoluta de seus resultados, essa prova genética também deve ser tida como meio de prova relativa, em razão da falibilidade de sua realização, onde podem ocorrer circunstâncias, como falhas técnicas, troca de material, extravios, fraudes, entre outros problemas que podem comprometer o seu verdadeiro resultado.

Dessa forma, a perícia genética não pode ser tida como o único meio idôneo para provar o vínculo biológico de paternidade, nem tão pouco excluir os demais tipos de provas, mas, ao contrário, ela deve ser produzida em comunhão com as demais provas para que se chegue à verdade real.

Então, quando a prova pericial estiver divorciada das demais provas, a cautela demonstra que se repita o exame, para que seja buscada a verdadeira paternidade, já que a jurisprudência vem-se orientando no sentido de que é do conjunto probatório que se extrai a verdade da filiação biológica. [grifo nosso] (WELTER, 1999, p. 235)

Portanto, o exame pericial de DNA, devido a sua precisão e grau de acerto, tornou-se um mecanismo imprescindível para que as ações da investigatória de paternidade atendam com eficiência a tutela dos direitos da personalidade humana.

3 DA COISA JULGADA

3.1 CONCEITO

No período clássico do Direito Romano, a sentença confundia-se com a coisa julgada, pois devido à inexistência de recurso a sentença transitava em julgado imediatamente, tornando-se de pronto irretratável e indiscutível. No entanto, a coisa julgada expressava o momento posterior da coisa submetida à apreciação judicial.

A sentença e a res iudicata não se confundem, mas como no período clássico aquela era irrecorrível, passava em julgado de imediato, isto é, adquiria um novo status, qual seja o de tornar-se indiscutível. A coisa julgada – ou a res in iudicium deducta depois de iudicata – talvez simbolize, melhor do que qualquer outro instituto de direito, o alardeado pragmatismo dos romanos [grifo do autor] (MOREIRA citado por LISBOA, 1995, p. 12).

A coisa julgada era o único e exclusivo efeito da sentença que a tornava imutável e plenamente eficaz. Entretanto, essa idéia permaneceu sem base depois que se descobriu que sentença poderia produzir três tipos de efeitos: constitutivo, declaratório e condenatório. Desde então, a coisa julgada deixou de ser um efeito da sentença, passando a ser considerada como uma qualidade dos seus efeitos.

Para Moreira, citado por Lisboa (1995, p. 19), o conceito da coisa julgada não se identifica com a sentença que transita em julgado, nem tão pouco com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas simplesmente como uma situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado.

Enfim, as definições doutrinárias de modo geral, caracterizam a coisa julgada como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, porque enquanto a sentença estiver sujeita de recurso, não atingirá a finalidade do processo, que é a composição da lide pelo julgamento final da questão em litígio. Deste modo, o Estado não cumpre, nem finaliza a prestação jurisdicional, o qual tem o dever. “O Estado ainda não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá na vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo” (SANTOS, 1994, p. 423).

Por estes motivos é que o litígio processual não pode se prolongar indefinidamente no tempo, nem tão pouco se sujeitar às contingências das partes. O processo deve chegar a um momento, em que atingirá o seu termo mediante a prolação de uma sentença definitiva, não mais sujeita a reexame, imune, pois, a qualquer tipo de recurso. Neste momento, a sentença transita em julgado, tornando-se imutável e indiscutível, eis que a questão trazida em juízo passou a ser definitivamente julgada.

A coisa julgada representa, então, o grau mais elevado de estabilidade dos atos estatais, visto que a sua força deve caracterizar pressuposto de verdade, certeza e justiça, formadas e afirmadas pela decisão judicial, impondo estado de irrevogabilidade ou irretratabilidade para o que for assegurado.

A entidade coisa julgada é entendida como sendo a sentença que alcançou patamar de irretratabilidade, em face da impossibilidade de contra ela ser intentada qualquer recurso. Em concepção objetiva é a que firmou, definitivamente, o direito de um dos litigantes após ter sido apurado pelas vias do devido processo legal (DELGADO, 2003, p. 84).

O instituto da coisa julgada, no ordenamento jurídico pátrio, possui proteção constitucional e infraconstitucional. Na Constituição, está inserido no art. 5º, inciso XXXVI, que estabelece: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, ou seja, a lei não produzirá eficácia em hipóteses que levem a causar qualquer diminuição ao limites da sentença que transitou em julgado.

Já no ordenamento infraconstitucional o instituto da coisa julgada encontra previsão na Lei de Introdução ao Código Civil e no Código de Processo Civil.

Na Lei de Introdução ao Código Civil, a coisa julgada está definida apenas no seu aspecto formal, segundo o seu art. 6º, §3º, que diz: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.” Enquanto que o Código de Processo Civil, no seu art. 467, define a “[...] coisa julgada material [como] a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. Apesar de também direcionar a definição de coisa julgada para o ponto de vista formal, quando a aproxima da impossibilidade de interposição de recurso, o mencionado artigo, ainda faz uma confusão entre a coisa julgada a eficácia da sentença. No entanto, cabe frisar, que a eficácia é a aptidão da sentença para produzir efeitos, o que em hipótese nenhuma deve ser confundido com a coisa julgada que é uma qualidade da sentença.

3.2 ESPÉCIES

3.2.1 COISA JULGADA FORMAL

A coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença decorrente da inviabilidade recursal, tendo o seu âmbito de incidência apenas dentro do processo, ao qual se

originou, não impedindo que o objeto de julgamento volte a ser discutido em outro processo.

Desta forma o seu efeito preclusivo é endoprocessual, isto é, dentro do processo, “por isso também se diz que a coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. [grifo do autor]” (SANTOS, 1994, p. 424)

A coisa julgada formal, como se vê, não se distancia do fenômeno da preclusão, que consiste na perda de uma faculdade ou poder no processo. Tratando-se, assim, de preclusão em seu mais elevado grau, daí a designação tradicional de preclusão máxima do processo.

Alguns autores não distinguem entre coisa julgada formal e preclusão, entendida aqui como a perda de faculdades processuais pelo decurso do tempo. Mas na verdade a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 306)

3.2.2 COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada material ou substancial é a qualidade que torna imutável e indiscutível os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo e condenatório) de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada material é a autoridade da coisa julgada propriamente dita, pois tem força de lei (CPC, art. 468), e nem mesmo a própria lei pode modificá-la. (CF, art. 5º, XXXVI).

O efeito preclusivo da coisa julgada material é pan-processual, ou seja, fora do processo, de maneira que, é mais extenso que o efeito da coisa julgada formal,

uma vez que a sua incidência não está limitada tão-somente ao mesmo processo em que a decisão se originou. Deste modo, a coisa julgada material impede que uma mesma questão já definitivamente decidida, seja novamente apreciada e decidida em outro processo.

Pode-se dizer, como afirma Liebman, que a coisa julgada formal e coisa julgada material são degraus do mesmo fenômeno. Proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro degrau - coisa julgada formal); e, em consequência, se tornam imutáveis os seus efeitos (segundo degrau - coisa julgada material). (SANTOS, 1994, p. 423-424)

A coisa julgada material tem, via de regra, como antecedente lógico a formal, haja vista que toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, anteriormente, passar em julgado formalmente. Entretanto, a coisa julgada formal nem sempre será seguida da coisa julgada material, pois as sentenças terminativas que não julgam o mérito, incidem apenas no âmbito do próprio processo.

Portanto, o instituto da coisa julgada é um fenômeno processual de duas faces, responsável pela estabilidade das decisões judiciais em prol da segurança jurídica.

3.3 LIMITES DA COISA JULGADA

3.3.1 LIMITES OBJETIVOS

Definir a limitação objetiva da coisa julgada é saber quais os pontos da sentença que são acobertados pela sua autoridade, pois, nem todas as questões ventiladas pelo juiz na sentença se tornam imutáveis.

O art. 469 do Código de Processo Civil assinala expressamente quais são as partes da sentença que não se revestem da autoridade da coisa julgada: os motivos, a verdade dos fatos e a questão prejudicial⁵. Nesse sentido, muito embora essas questões sejam importantes para o julgador chegar a decisão da questão litigiosa, sobre elas não incide a autoridade da coisa julgada, de maneira que poderão ser rediscutidas e apreciadas em outra ação.

Assim sendo, os limites objetivos da coisa julgada se definem na parte dispositiva da sentença, isto é, na sua conclusão, onde justamente o julgador resolve as questões ou os pedidos das partes.

Portanto, “os efeitos da sentença que a res judicata tornam imutáveis são os que promanam da parte dispositiva da decisão, ou seja, do decisum propriamente dito, da resolução sobre o pedido que foi objeto do processo de conhecimento. [grifo do autor]” (MARQUES, 2000, p. 363)

3.3.2 LIMITES SUBJETIVOS

Fixar a limitação subjetiva da coisa julgada é saber quem são as pessoas atingidas pelos efeitos da sua autoridade, ou seja, quem está proibido de rediscutir as questões que se projetaram dentro dos limites objetivos da coisa julgada e adquiriram por conseqüência lógica, a estabilidade jurídica.

O artigo 472 do diploma processual estabelece em sua primeira parte que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

⁵ A decisão da questão prejudicial também poderá ser atingida pela autoridade da coisa julgada, desde que qualquer das partes a requeira (CPC, art. 5º e 325), o juiz seja competente em razão da matéria, e que a questão constitua pressuposto necessário para o julgamento da lide, conforme os termos do art. 470 do CPC.

Assim, o ordenamento brasileiro, conservou a regra romana que a coisa julgada não vincula terceiros que não participaram da relação processual, só atingindo as partes envolvidas no processo. Desta forma, a qualidade (imutabilidade) que se reveste a da sentença, isto é, a coisa julgada, não pode prejudicar, nem tão pouco beneficiar terceiros, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado.

Entretanto, essa regra não é absoluta, porque “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. (CPC, art. 472, 2ª parte)

Contudo, a autoridade da coisa julgada é, via de regra, restrita às partes litigantes, salvo nas causas relativas ao estado das pessoas, que a coisa julgada poderá valer contra todos se for preenchido os requisitos de legitimidade.

3.3.3 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

Os limites subjetivos da coisa julgada indicam quais são as pessoas atingidas pelos efeitos da coisa julgada e, neste panorama, a regra geral é que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Porém, nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, todos os interessados, em litisconsórcio necessário, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Desta forma, nas ações investigatórias de paternidade, a autoridade da coisa julgada poderá atingir terceiros, desde que a relação processual se dê entre os

verdadeiros parentes genéticos, ou seja, entre o pai e o filho biológico, que são os únicos legítimos contraditores.

Ditada a sentença na ação de investigação que, obviamente, tem como figurantes os únicos legítimos contraditores capazes de participarem da causa que seriam o próprio demandante e seu pai, essa sentença terá eficácia erga omnes, porque haja, aí, um fenômeno anormal de expansão ultra partes da coisa julgada material, mas pela singela razão de que não restará mais nenhum legitimado a impugnar o julgado. (BATISTA citado por WELTER, 1999, p. 258)

Caso contrário, se a relação processual na investigatória de paternidade não se deu entre os legítimos contraditores, ou seja, entre os verdadeiros parentes biológicos, a autoridade da coisa julgada não atingirá terceiros. Com isso, qualquer terceiro poderá insurgir-se contra a decisão, alegando ser o verdadeiro legítimo contraditor.

Tanto que, com diz Liebman, no momento em que qualquer terceiro, alegando ser ele o legitimado e não aquele que, no primeiro processo, ocupou o lugar que, por direito, lhe deveria caber, esse terceiro (que, naturalmente, nesse momento, deixa de sê-lo, para se parte, pois que tal, congruentemente, se afirma) não será alcançado pela coisa julgada, podendo repropor a demanda, anulando os efeitos da primeira sentença. (BATISTA citado por WELTER, 1999, p. 258-259)

Assim, por exemplo, no caso em que uma ação investigatória de paternidade, já tenha transitado em julgado, o terceiro que se diz pai biológico e que não integrou na lide, poderá se voltar contra aquela sentença, propondo por sua vez uma nova ação de investigação, para que seja declarado seu verdadeiro vínculo biológico de paternidade e, cumulativamente, visando à nulidade e reforma do registro de nascimento efetuado com base em sentença anterior, pois neste caso, ele não é atingido pela coisa julgada, uma vez que não participou do primeiro processo.

A sentença que dá pela procedência de ação de investigação de paternidade não faz coisa julgada contra terceiro que, não tendo sido parte no processo, alega ser o verdadeiro pai e move declaratória visando à nulidade e reforma do assento de nascimento feito com base

na sentença da ação de investigação de paternidade. (Bol. AASP 1.541/151) (NEGRÃO, 2002, p. 488-489).

Isso porque, terceiros que não integraram na lide são titulares de uma relação jurídica incompatível com a relação decidida na sentença, de maneira que seria uma injustiça se terceiros não pudessem acertar a sua relação jurídica através de uma nova ação.

Evidentemente, que a ação investigatória poderá ocorrer entre as pessoas que não são verdadeiramente parentes biológicos, até porque, descobrir quem são os verdadeiros parentes biológicos é um dos seus objetivos. Entretanto, enquanto a ação não ocorrer entre os verdadeiros parentes genéticos, ou seja, entre os legítimos contraditores, a coisa julgada não atingirá terceiros.

Portanto, para que a coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade tenha eficácia sobre terceiros, é imprescindível que haja conexão entre as duas relações, ou seja, entre a relação processual e a relação fática, de maneira que, se relação processual não incidir sobre o vínculo biológico de paternidade (relação fática), a coisa julgada não atingirá terceiros.

3.4 FUNDAMENTOS DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA

3.4.1 FUNDAMENTO POLÍTICO

A verdadeira finalidade do processo como manifestação do Poder Estatal, é solucionar os conflitos sociais, com a aplicação da lei vigente ao caso concreto.

Portanto, para que a tutela jurisdicional não seja insegura, movediça e aleatória, o Estado, através do instituto da coisa julgada, impõe um limite para que a partir de

certo momento a sentença transite em julgado, impedindo que a incerteza e a instabilidade se perpetuem nas relações jurídicas.

Desta forma, se não houvesse esse limite, o Estado jamais consumaria a sua prestação jurisdicional, e o imperativo jurídico contido na sentença jamais teria força de lei entre as partes.

Os romanos já justificavam essa autoridade da coisa julgada por razões inteiramente práticas, de utilidade social, para evitar que um determinado bem da vida já atribuído a alguém por um juiz, mesmo que injustamente, pudesse, com êxito, voltar a ser discutido em outro processo.

[...] a coisa julgada está atrelada à definitividade da prestação jurisdicional, e a sua adoção em um ou outro caso atende a critérios pragmáticos (e não apriorísticos) de política judiciária. [...] A prestação jurisdicional deve se esgotar no momento em que resolve a controvérsia, e a renovação da demanda, ou a possibilidade de sua rediscussão, importaria na indefinitividade do litígio, em detrimento da estabilidade e certeza das relações jurídicas, quando a segurança jurídica revela-se indispensável para a plena fruição do bem da vida alcançado pela decisão judicial. (CAMINHA citado por TESHEINER, 2001).

Contudo, o fundamento político da autoridade coisa julgada consiste em estabilizar definitivamente as prestações jurisdicionais, para gerar segurança fática e jurídica nas relações sociais.

3.4.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Não existe entre os doutrinadores concordância de pensamento quanto ao fundamento jurídico da autoridade da coisa julgada. Trata-se de um tema dos mais controvertidos. Far-se-á, por isso, uma rápida revisão de algumas das múltiplas teorias a respeito.

A teoria da presunção da verdade defende que não se pode dizer que a sentença seja uma verdade, mas tão-só presunção da verdade, pois as sentenças injustas resultantes de certas circunstâncias, também produzem coisa julgada. Por isso, deve-se entender que nem sempre toda sentença reproduz a verdade.

A teoria da ficção da verdade, também considera que as sentenças injustas, sejam elas resultantes de erro de fato ou de direito, se revestem da autoridade da coisa julgada. No entanto, a verdade contida na sentença é uma ficção, uma verdade artificial, que deve ser tida como verdade mesmo quando esta não existir.

Outrossim, existe a teoria que fundamenta a autoridade da coisa julgada na eficácia de sua declaração, entendendo que a autoridade da coisa julgada está na parte declaratória da sentença, uma vez que essa declaração produz um fenômeno processual de duplo aspecto, atribui às partes o direito de exigir de uma e de outra a sua observância, e, por outro lado, atribui a todos os juízes a obrigação de respeitarem-na.

Segundo a teoria da força legal da sentença, a sentença reveste-se de um direito novo, isto é, de um quê a mais, que por força de lei se ajusta à sentença, tornando-a criadora de direito. Deste modo, o fundamento da coisa julgada está no direito novo (direito substancial), criado pela sentença.

Por sua vez a teoria da extinção da obrigação jurisdicional, afirma que, satisfeita a obrigação jurisdicional do Estado, através da sentença, o direito material decidido não pode ser novamente discutido ou decidido, porque foram extintos a obrigação jurisdicional e o direito de ação na espécie.

Para a teoria da vontade do Estado, é o próprio estado que determina a preclusão dos prazos para os recursos, fazendo com que a sentença transite em julgado e,

em decorrência disso, se torna indiscutível, incontestável e obrigatória não só as partes, como também em relação a todos os juízes.

Por último, existe uma teoria que defende que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade de todos dos seus efeitos, seja declaratório, constitutivo e condenatório. Tem-se a coisa julgada como uma qualidade especial que reforça a eficácia da sentença. Com efeito, para esta teoria, o fundamento da coisa julgada, consiste na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).

3.4.3 FUNDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Por sua vez, ordenamento Processual Civil Brasileiro adotou a teoria de que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença, sem se afastar, entretanto, da teoria da vontade do estado, pois admite que a coisa julgada material como uma qualidade da sentença que a torna imutável e indiscutível com fundamento na vontade do Estado, via de consequência, é a lei, com vontade do Estado, que confere à sentença aquela autoridade a partir de um dado momento.

É a própria lei que lhe dá força de lei: “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. (CPC, art. 468)

Cuja força e autoridade, nem mesmo a lei poderá desconhecer, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (CF, art. 5º, inc. XXXVI).

4 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

4.1 A IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA NÃO É UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Frisa-se inicialmente, que o legislador constituinte não dispensou em dar tratamento ao instituto da coisa julgada, uma vez que no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, estabeleceu que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Entretanto, devido à incorreta interpretação deste dispositivo, muito se tem confundido sobre o verdadeiro tratamento constitucional dado ao instituto da coisa julgada. Muitos interpretam esse dispositivo, como se a Constituição estivesse garantindo a imutabilidade das decisões judiciais, a ponto de não poder sofrer revisão.

Ocorre que a Constituição, ao garantir que a lei não prejudicará a coisa julgada, está simplesmente assegurando que lei infraconstitucional não pode alterar o conteúdo das sentenças transitadas em julgado. Trata-se de uma proteção ao instituto da coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que as modificações legislativas alterem a substância daquilo que já foi definitivamente decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. [...] Como se vê, a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente compatível com a existência das restrições e de instrumento de revisão e controle dos julgados. A proteção constitucional da coisa julgada não é nada mais do que uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei. [grifo nosso] (DELGADO, 2003, p. 87-88)

Assim sendo, o dispositivo constitucional se dirige ao legislador infraconstitucional, que no seu constante trabalho legislativo não poderá editar leis que retroajam para prejudicar direitos ou para modificar os efeitos das sentenças transitadas em julgado.

Como se observa a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regime diverso de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de um tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova. [grifo nosso] (THEODORO JÚNIOR, FARIA, 2002, p. 140)

É essa a verdadeira proteção constitucional dada a coisa julgada. Tudo o mais do instituto, inclusive a proteção de inviolabilidade das decisões judiciais, é matéria objeto de legislação ordinária, regulada pelo Código de Processo Civil.

Deste modo, sendo o instituto da coisa julgada matéria estritamente de índole processual, inserida no ordenamento infraconstitucional, sua imutabilidade não é absoluta, pois pensar que uma decisão jurisdicional, coberta pelo manto da coisa julgada, faz-se ato absolutamente intocável, é relegar a regra geral, segundo ao qual todos os atos estatais são passíveis de desconstituição.

Ademais, se a Constituição estivesse proibindo a alteração das decisões judiciais transitadas em julgado, a ação rescisória⁶, seria uma ação inconstitucional, já que se trata de um remédio jurídico, que tem como objetivo alterar o conteúdo das decisões transitadas em julgado.

⁶ Código de Processo Civil, art. 485: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida [...].

Da mesma forma as ações relativas aos direitos metaindividuais ou coletivos como a ação popular⁷, ação civil pública⁸ e ações relativas ao consumidor⁹ seriam inconstitucionais, pois permitem que no futuro os conteúdos das referidas sentenças sejam modificados por ação nova.

Como se verifica, todos esses mecanismos de destituição da coisa julgada operam em perfeita conformidade com a processualística vigente, demonstrando, de modo evidente, o acerto do ponto de vista até aqui expedido. De fato, não se conhece qualquer restrição a essa sistemática adotada, tanto que se trata de matéria pacífica, perfeitamente assimilada pela doutrina e jurisprudência.

Destarte, é a lei ordinária (Código de Processo Civil) e não a Constituição que assegura a imutabilidade das decisões judiciais. O tratamento que a Constituição atribui à coisa julgada é no sentido de protegê-la das modificações legislativas, ao ponto que a lei não produzirá eficácia que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença que transitou em julgado.

4.2 A COISA JULGADA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Até pouco tempo, antes do surgimento do exame pericial de DNA, o vínculo biológico de paternidade era provado por meios presuntivos de prova, como prova documental, depoimento pessoal e testemunhal, além de outros meios de provas

⁷ Lei nº 4.717/65, Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁸ Lei nº 7.347/85, Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁹ Código de Direito do Consumidor, Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

periciais de baixa precisão, de maneira que, nenhum desses meios de provas, confirmava com alta precisão o verdadeiro laço de sangue entre os investigados.

Desta forma, por muitas vezes, a realidade biológica era idêntica à realidade jurídica imposta pela sentença, ou seja, o pai declarado na sentença era, realmente, aquele que havia concebido a criança.

Por outras tantas vezes, as realidades eram distintas, e o vínculo jurídico de paternidade declarado em sentença, na verdade, não correspondia com a realidade dos fatos (vínculo biológico).

Hoje em dia, com o avanço tecnológico da engenharia genética, tornou-se possível através do exame de DNA, confirmar com uma margem de acerto científico de 99,99% (noventa e nove virgula noventa e nove por cento), a existência ou não do vínculo biológico de paternidade declarado em sentença transitada em julgada. Desta forma, a perícia genética pode tirar a incerteza das relações jurídicas de parentesco entre pai e filho, declaradas judicialmente no passado, comprovando verdadeiramente, se houve coincidência entre a relação jurídica de paternidade declarada em sentença com a relação biológica paternidade (fática).

Todavia, apesar desse avanço científico da engenharia genética, o Direito Processual Civil brasileiro se manteve incólume no que se refere ao instituto da coisa julgada, haja vista, que não existe no ordenamento processual, previsão de modificação de decisões definitivamente julgadas, ainda que a ciência demonstre, através da perícia genética, uma realidade oposta àquela declarada em sentença transita em julgado.

Assim, por exemplo, se “A” foi declarado pai de “B” por sentença transitada em julgado, mesmo que posteriormente, através do exame de DNA, se comprove

cientificamente que na realidade, “A” não é o pai genético de “B”, “A” não poderá ingressar com nova ação investigatória, visando desfazer a relação jurídica de paternidade declarada judicialmente. Nem tão pouco “B”, poderá ingressar com nova ação investigatória, a fim de que seja estabelecida uma nova relação de paternidade em relação a um terceiro, pois nas duas situações, a autoridade da coisa julgada¹⁰, impede que as referidas decisões sejam modificadas.

Deveras, sob o aspecto meramente processual, o posterior exame de DNA não poderá reabrir a questão, mesmo que o respectivo laudo científico demonstre a inexistência do vínculo biológico de paternidade declarado juridicamente, porque esbarraria na coisa julgada.

Mas haveria verdadeira justiça na hipótese acima referida? Seria moralmente aceitável compelir alguém a pagar alimentos e dividir os seus bens em favor de alguém cuja paternidade foi declarada judicialmente, muito embora tenha sido excluída cientificamente? Como compreender esta espécie de paternidade que não existe por causa do vínculo genético de parentesco, mas por causa de sentença transitada em julgado? Seria justo, diante dos avanços da ciência, manter um vínculo de paternidade, depois de comprovada cientificamente a inexistência genética desse vínculo? Interessa ao Estado manter uma formalidade processual em detrimento de uma verdade biológica, portanto, real?

Ademais, registra-se ainda, que a concepção de um ser humano se dá, em regra, por ato sexual, apesar da ciência já ter proporcionado o surgimento de outros meios conceptivos, como é o caso da inseminação artificial. Mas admitir a concepção por meio de coisa julgada será, no mínimo, um absurdo.

¹⁰ Em profunda pesquisa doutrinária e jurisprudencial, constatou-se que, na grande maioria das hipóteses em que se questiona a força da coisa julgada em ações investigatórias de paternidade, as petições iniciais foram indeferidas, ou os processos foram extintos sem o julgamento do mérito.

Ninguém pode ignorar os efeitos nefastos de uma paternidade não verdadeira para uma criança, assim como aquele que consta no Registro como pai. De nada adianta, para ambos, o vínculo jurídico incorretamente formado se a rejeição mútua, humanamente compreensível, sempre existirá. E o que não dizer das demais conseqüências jurídicas da filiação, entre elas o dever de prestar alimentos e a sucessão? O direito, assim, não poderia mesmo albergar, a pretexto da segurança jurídica, uma relação de tal ordem, pelo que a possibilidade de invalidação do ato viciado há de merecer aplausos. (Acórdão da 5ª CCcv. do TJPS, na ap 70.977/4, em 12.09.1996, rel. Des. Campos Oliveira, publicado no DJ de 06.06.1997)

A mesma situação ocorre, quando uma investigatória de paternidade é julgada improcedente por falta de provas, sobretudo, da perícia genética do DNA. Assim, o posterior exame de DNA não poderá reabrir a questão, mesmo que o respectivo laudo científico demonstre a existência do vínculo biológico de paternidade, em decorrência da coisa julgada.

Aliás, cabe salientar, que até a ação rescisória, que na técnica processual civil brasileira seria o instrumento idôneo para atacar a sentença transitada em julgado, não caberia no caso em voga, pois tal situação não se enquadra em nenhuma das suas hipóteses. A ação rescisória não se presta para correções de injustiça de sentença e nem para o reexame de prova. É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses enumeradas na lei.

Desta forma, a aplicação cega e irrestrita do regime da coisa julgada nas ações investigatórias, conduz, indubitavelmente, inquietações sociais e pessoais das mais diversas, uma vez que os modernos métodos de investigação de paternidade científica permitem a formação de juízo valorativo seguro.

Não se pode aceitar, nas ações investigatórias, a aplicação das regras tradicionais do Código de Processo Civil, diploma legal datado de 1973, quando não se podia imaginar a amplitude do avanço científico a que se chegaria em pouco tempo. O sistema processual não pode tratar as relações humanas, o estado das pessoas, como se elas fossem tão-somente determinadas pelo mundo das formalidades.

No entanto, depois do surgimento do exame do DNA, o instituto da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade passou a ser questionado, devendo buscar em outras ciências, apoio e parceria para afirmar os seus princípios.

Se é certo, portanto, que a coisa julgada é uma garantia importante a proteger as situações já consolidadas no passado, o certo é que ela tem de amoldar-se a imperativos outros, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes a serem feitas valer do que a mera imutabilidade do já decidido. (MARTINS e BASTOS citados por BALEEIRO NETO, 2002)

Como se verifica, não existe no ordenamento pátrio, previsão de modificação da coisa julgada para as ações de investigação de paternidade, mesmo que o posterior exame de DNA demonstre a falsidade do vínculo biológico de paternidade judicialmente declarado.

4.3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

As regras ordinárias sobre a coisa julgada, arquitetadas no Código de Processo Civil datado de 1973, não podem ignorar as mudanças trazidas pela ciência em torno das ações investigatórias de paternidade, que agora, através do exame de DNA, podem comprovar a verdadeira ascendência e descendência genética do indivíduo, com uma margem de acerto científico jamais visto.

É certo que o instituto da coisa julgada é instrumento importante para a estabilidade e segurança das relações jurídicas, entretanto, ele deve se amoldar a outros valores, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes do que a mera imutabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado.

Não se pode conceber que a aparente paz social advinda da estabilidade dos julgados através da coisa julgada, tenha preço maior do que o direito de descobrir

a verdadeira identidade genética, que envolve um dos direitos mais importantes da vida de uma pessoa, e que faz parte do princípio constitucional da dignidade humana.

Portanto, não resta dúvida que a aplicação do instituto da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade deve ser revisto, uma vez que se encontra absolutamente desatualizado e injusto diante do profundo avanço da engenharia genética.

Nesse sentido, as decisões judiciais não podem expressar comando acima dos princípios fundamentais da pessoa humana, nem tão pouco mudar a realidade dos fatos, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência através do exame de DNA diz que não o é.

A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhas e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário. [...] A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza. [...] há de ser considerada a fragilidade das provas testemunhais e documentais em confronto com a certeza da prova pericial representada pelo DNA, em razão da credibilidade que lhe dá a Ciência. (DELGADO, 2003, p. 97)

As ações investigatórias de paternidade não podem continuar sendo um terreno propício para configuração de injustiças, pois a consagração da mentira neste aspecto, ofende tanto à natureza das coisas como aos sentimentos mais profundos dos protagonistas que se batem por direitos personalíssimos, inalienáveis, imprescritíveis, tutelados pela ordem maior do plano jurídico.

Outrossim, a concepção social do processo não pode admitir a aplicação do sistema clássico da coisa julgada nas ações investigatórias, sob pena de atuação de indevidos formalismos em detrimento de direitos e garantias fundamentais do homem.

Além dos mais, o processo é ainda um modo imperfeito de realização do direito e, algumas vezes, situações se deparam em que princípios maiores, como a verdade, a moral e a justiça, devem prevalecer ante a realização de se causar, pela observância formal, um mal maior à própria existência do direito. O adjetivo perde, então, a sua relevância, para que se salve à própria significação do substantivo, ou seja, o direito material deve sempre estar pulsando nos autos e prevalecendo sobre o direito processual.

[...] nada haver de irracional no fato de a lei admitir impugnação da coisa julgada, porque a autoridade mesma da res iudicata não é sempre absoluta e necessária, e só foi estabelecida por critérios de utilidade e oportunidade; de modo que estes mesmos propósitos podem, algumas vezes, aconselhar seu sacrifício para evitar o inconveniente e o dano maior que "adviria da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta".[CHIOVENDA citado por NICOLAU JÚNIOR, 2003]

Sendo o processo o meio pelo qual se busca o bem da vida, obrigatoriamente ele deve buscar a verdade real, e não da verdade ficta, presumida, criada, oriunda absolutamente de necessidade de definitividade das questões judicialmente, pois se assim não for, estará tornando-se comparsa do erro, da mentira, da injustiça.

Destarte, em se tratando das ações investigatórias de paternidade, o processo deve buscar o verdadeiro vínculo biológico para que seja estabelecida a verdadeira paternidade. O critério da verdade real deve prevalecer em detrimento daquele outro tradicionalmente comprometido apenas com a verdade legal.

A personalidade de alguém não deve ser definida com base nas formalidades processuais, criadas pelos homens, por questões de utilidade e conveniência. Assim, uma sentença, como ato formal do processo, mesmo com o transitio em julgado, que também é outro ato formal do processo, não pode ter a força de contrariar uma verdade real, estabelecida pela natureza.

“Se fecharmos os caminhos para a desconstituição das sentenças passadas em julgado, acabaremos por outorgar uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo”. (COUTURE citado por DINAMARCO, 2003, p. 44-45)

Como se vê, uma formalidade processual, como a aplicação do instituto da coisa julgada, não pode privar alguém de ter como pai àquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é, infringindo um princípio natural e constitucional.

Quadra registrar ainda, que uma sentença desprovida de efeitos substanciais (direito material), na verdade, é uma sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis, de maneira que, os seus efeitos não existirão na realidade jurídica e nem tão pouco na experiência da vida dos litigantes, porque são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.

Assim, uma sentença que produz efeitos juridicamente impossíveis não se reveste da autoridade da coisa julgada, pois esta não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incidiu, portanto é natural que a autoridade da coisa julgada não se imponha quando os efeitos programados da sentença não tiveram condições de impor-se.

Conseqüentemente, qualquer sentença que tenha conteúdo aberrante aos valores, princípios, garantias ou normas superiores, terá efeitos juridicamente impossíveis, onde automaticamente não incidirá a coisa julgada.

O jurista jamais conseguiria convencer o homem da rua¹¹, p. ex., de que não-pai deve figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base em prova

¹¹ Homem da rua é o homem comum, simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto.

testemunhal. Nem ao contrário: não convenceríamos o homem da rua de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando em julgado. [grifo do autor] (DINAMARCO, 2003, p. 68)

Tudo isso, porque não é a lei que vai conferir ao homem o dom da vida e todas as demais faculdades de que a própria natureza se incumbiu de dotá-lo. Não é o direito, mas a natureza, que concebe ao homem as faculdades que lhe são próprias. Ao Direito compete apenas dar proteção e assegurar no pleno desenvolvimento dessas faculdades, em condições de equilíbrio do indivíduo em relação ao grupo e destes em relação a cada indivíduo.

Nesta vereda, não se pode levar longe demais a autoridade da coisa julgada, fazendo-a como um princípio absoluto, pois o direito natural inerente à condição humana, é imutável como as leis físicas da natureza, ao passo que o direito positivo é circunstancial e se conforma com as necessidades e valores momentâneos da sociedade.

Deste modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações investigatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.

[...] a busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. [...] A coisa julgada não pode servir para coroar o engodo e a mentira [...]. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais. (TJDF, Ac. 46.400, Reg. Ac. 103.959, Ac. 1ª T., Rel. Des. VÁLTER XAVIER, DJU 22.04.1998)

Na fase atual de desenvolvimento da personalidade humana, as relações jurídicas de paternidade não podem ser tratadas pelo sistema jurídico, como se fossem determinadas pelo mundo das formalidades. Outras ciências, como a engenharia

genética, indicam novos rumos ao Direito Processual, ao passo que este deve se amoldar aos anseios sociais.

No entanto, entre a segurança social e a descoberta do vínculo de parentesco real, parece que o Direito de Processual caminha, a passos largos, para a quebra da coisa julgada.

4.4 A COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Já são muitos os doutrinadores com apoio na jurisprudência, que criticam a imutabilidade de decisões judiciais, aberrantes aos valores, princípios, garantias e normas constitucionais, propondo assim, a relativização da coisa julgada.

E nesse panorama, estão em voga as ações relativas à investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes, anteriormente ao advento do moderno exame pericial de DNA. Porque, aceitar a imutabilidade das sentenças nessas espécies de ações, é estar privando alguém de ter como pai àquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é.

Considerando as peculiaridades da ação investigatória, faz-se mister afirmar que a coisa julgada nelas se dará sob a técnica secundum eventum probationes, isto é, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que acontece nas ações coletivas de direitos metaindividuais, onde terceiros, que não tenham sido partes no processo, não tenham prejuízos com uma sentença de improcedência por insuficiência de provas.

Portanto, nas ações investigatórias de paternidade, a coisa julgada também deve se formar, dependendo do resultado da produção probatória, ou seja, uma vez não

realizada a perícia genética (exame de DNA), seja qual for o motivo, a decisão proferida não terá a qualidade da coisa julgada, podendo qualquer das partes intentar nova ação sem esbarrar no impedimento da legislação processual, pois o que está em jogo é a dignidade da pessoa humana, com sede Constitucional, sendo direito de todos serem declarados pais ou filhos de alguém, mas que essa declaração se preste com a certeza de que disponha a ciência moderna.

[...] somente ocorre coisa julgada material nas ações de investigação e contestação de paternidade ou maternidade, quando produzidas, todas as provas, documental, testemunhal, pericial e especialmente, exame genético DNA, e depoimento pessoal, tendo em vista esse superdireito natural, constitucional e indisponível de personalidade [...]. (WELTER, 1999, p. 55)

Cabe salientar que apesar da prova pericial não ter o condão de direcionar o julgamento do magistrado e de não ser a única a ser avaliada, ela tem se mostrado importante demais para ser desprezada. No entanto, nas demandas sobre direitos de personalidade, não se poder estabilizar juridicamente um fato sem que a ciência demonstre que o mesmo seja realidade, ou seja, uma relação de parentesco entre pai e filho, não pode ser revestida pela autoridade da coisa julgada, sem antes passar por todos os meios de prova, principalmente, a prova pericial do DNA.

Desta forma, se alguém foi declarado pai em processo judicial não baseado no exame pericial e posteriormente, após a feitura deste o resultado foi negativo, independentemente do motivo que levou o magistrado a concluir que esse alguém era o pai de outrem, a justiça neste processo não se fez realizada, muito pelo contrário, a estabilidade jurídica buscada pela coisa julgada não poderá ser empecilho para que se restaure o erro que foi cometido, porque se trata de ações que envolvem os direitos da personalidade, as quais só se revestem da autoridade da coisa julgada, quando produzidos todos os meios de prova.

Também não faz coisa julgada a sentença de improcedência da ação investigatória de paternidade por falta de provas, pois conforme acima dito, nas demandas relativas a direitos da personalidade, devem ser produzidas todas as provas admitidas em direito. Pois não seria justo, em prol da estabilidade jurídica das decisões judiciais, negar ao filho o direito de posteriormente buscar a declaração de sua paternidade. O direito dele é muito superior a essa falsa estabilidade.

Esses são apenas alguns exemplos dos vários que surgem durante a busca da declaração da paternidade e que não podem ter a coisa julgada, como uma barreira intransponível para posteriormente intentar nova ação objetivando a verificação do seu estado de parentesco.

Outrossim, alegar à impossibilidade da aplicação da coisa julgada secundum eventum probationes nas ações investigatórias no ordenamento jurídico, por falta de previsão legal, é violar os princípios constitucionais e negar os direitos fundamentais do homem, pois não se pode prestigiar o indevido formalismo do processo, em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial.

A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ter garantido seus direitos fundamentais. Até porque é constitucional a determinação do respeito à dignidade da pessoa humana e à isonomia substancial. Deste modo, resta ao processo civil adequar-se às necessidades da vida humana, distribuindo segurança e respeito aos direitos fundamentais.

[...] a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal. (FACHIN citado por FARIAS, 2002. p.99)

Reafirme-se, nesse passo, que é a norma constitucional que protege o cidadão e que prevalece em nosso sistema jurídico. Por isso, negar o direito de alguém investigar o seu verdadeiro vínculo biológico de paternidade, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável, pois colide com o princípio da dignidade humana, fazendo tábula rasa dos direitos fundamentais.

Pensar diferente é voltar no tempo, em que o processo prevalecia sobre o próprio direito material. Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que o Poder Judiciário deve se modernizar, evitando tormentos e injustiças.

[...] mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade. (STJ, Ac. 3ª T., J. 03.04.1990 Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, RSTJ 40:236)

Registrar-se-á finalmente, buscando tratar a matéria no plano positivo, já tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 116/01, de autoria do Senador Valmir Amaral, dispondo:

Art. 1º. A ementa da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: 'Regula a investigação de paternidade'.

Art. 2º. O art. 8º da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação:

[...]

Parágrafo único – A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.

Portanto a aplicação da coisa julgada secundum eventum probationes nada mais é do que a relativização da coisa julgada tradicional, com vistas a dar mais justiça ao julgamento nas ações investigatórias de paternidade, tendo como suporte a certeza que a ciência proporciona por meio da perícia genética do DNA.

5 CONCLUSÃO

Uma vez estabelecidas as premissas básicas a respeito do tema proposto, percorrendo a propósito de todos os elementos que conformam sua estrutura fundamental, cabe assinalar, que é perfeitamente razoável acolher o entendimento que a coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade pode ser relativizada.

Os alicerces dogmáticos sobre os quais está assentado o instituto da coisa julgada não se apresentam adequados para evitar a perenização de uma injustiça consubstanciada numa sentença transitada em julgado. Nesse embate entre a justiça e a segurança jurídica, a opção recai sobre a segunda, não obstante a finalidade precípua do direito, paradoxalmente, seja a consecução da primeira.

A jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, tem demonstrado que a relativização da coisa julgada nas investigatórias de paternidade vai muito além de mera construção doutrinária, apresentando-se os julgados, não raras vezes, como perfeitas lições e imprescindíveis fontes de pesquisa que só vêm a corroborar com a sua admissibilidade e eficácia no sistema jurídico brasileiro.

A revisão do julgado, objetivando alcançar a justiça da decisão, não significa a implantação da instabilidade das decisões judiciais em nosso direito. Aliás, conforme ficou demonstrado no curso deste estudo, já existem situações onde o direito positivo brasileiro determina a plena revisão do julgado, como é o caso das ações de direitos metaindividuais, conhecida como ação popular, ação civil pública e ações relativas aos direitos do consumidor. Desta forma, em nenhuma dessas situações legais admitidas, não se cogita a instabilidade da prestação jurisdicional, convivendo, harmoniosamente a coisa julgada, a revisão dos julgados e a estabilidade social advinda das decisões judiciais definitivas.

Portanto, aceitar a natureza relativa da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, não significa abrir mão do princípio da estabilidade dos julgados, mas sim excepcionalizá-lo, a fim de preservar a mesma idéia de segurança do provimento jurisdicional. Propõe-se apenas um trato especial a situações especiais, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes processuais e infrações constitucionais, com a consciência de que as providências destinadas a esse objetivo dever ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes sociais e jurídicos.

Ademais, tanto quanto a coisa julgada, existem valores e princípios fundamentais, como os direitos da personalidade da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, que devem ser preservados em prol da efetividade do processo, e na aplicação de um direito justo.

Daí, aceitar a idéia da relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, que se assenta na premissa da harmoniosa coesão entre todos os princípios assegurados na ordem constitucional, o qual nenhum deve ser tratado como absoluto.

6 REFERÊNCIAS

1. BALEEIRO NETO, Diógenes. **Peculiaridades Processuais do Direito de Família**. Disponível em <<http://www.apriori.com.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2003.
2. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – Promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2002.
3. BRASIL. **Decreto-lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
4. BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

5. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
6. BRASIL. **Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
7. BRASIL. **Projeto de Lei nº 116, de 21 de maio de 2001**. Alterna a Lei nº 8560, 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 07 de outubro de 2003.
8. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral Do Processo**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
9. DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 77-121;
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 33-76;
11. FARIAS, Cristiano Chaves de. Um Alento Ao Futuro: Novo Tratamento Da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. nº 13. p. 85-101, abr-mai-jun de 2002.
12. RANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTR, 1997.
13. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2º vol.
14. LISBOA, Celso Anicet. Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. **COAD - Seleções Jurídicas**, março de 1995. p. 11-21.
15. MARQUES, José Frederico. **Instituição de Direito Processual Civil**. 1.ed. rev., atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas - São Paulo: Millennium, 2000. Vol. IV.
16. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações: Ações Declaratórias**. 1.ed. Campinas – São Paulo: Brookseller, 1998. Tomo II.

17. NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor**. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
18. NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Investigação de paternidade procedente. Coisa julgada material. Prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Qual prevalece?** Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 05 de maio de 2003.
19. SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Coleção Forense, 1994. vol. IV.
20. TESHUNER, José Maria Rosa. **Relativização da Coisa Julgada**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2002.
21. THEODORO JÚNIO, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 33-76;
22. WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de Paternidade**. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. Tomo I.
23. _____. **Investigação de Paternidade**. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. Tomo II.

DOMINAR O IDIOMA PÁTRIO – FUNDAMENTAL NO MUNDO JURÍDICO.

Izabel Campos Dell'Orto Dias¹²
Amarildo Adolfo¹³

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar a importância do ensino da língua portuguesa no curso de direito, objetivando despertar no estudante a necessidade de dominar o ato de escrever, ferramenta indispensável para o exercício de toda atividade jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: Língua Português; Direito; Jurídica.

ABSTRACT

The present article seeks demonstrates the importance of the teaching of the Portuguese language in the right course, aiming at to wake up in the student the need to dominate the action of writing, indispensable tool for the exercise of all juridical activity.

KEY-WORDS: Portuguese language; right; juridical.

1 O IDIOMA PÁTRIO NO UNIVERSO JURÍDICO

A extensão da rede universitária iniciada nos idos de 1995, sem dúvida, trouxe grandes benefícios para ensino superior no nosso país. Com efeito, surgiram

¹² Graduada Língua Portuguesa e Especialista em Língua Portuguesa/Literatura. Professora de Língua Portuguesa do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia.

¹³ Aluno do 7º período do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia.

novos cursos, os currículos tradicionais foram reformulados, as grades curriculares foram incrementadas, tornando-se mais pesadas, em face da quantidade de informações anexadas.

No entanto, essa sobrecarga de informações tem exigido um alto preço, que é a falta de aprofundamento e a incapacidade de aprimorar aquilo que parecia ter sido aprendido. Nesse sentido, falamos do ensino da Língua Pátria “cultura e bela”, que tem sofrido uma série de mudanças nos últimos anos.

Recentemente pesquisas feitas em sites de faculdades de Direito país afora, revelou-nos que em alguns cursos pesquisados foi retirada a disciplina de Português de seus currículos, o que constitui para nós um flagrante desrespeito a nossa língua, principalmente com aqueles que confiaram nessas instituições, esperando uma formação de boa qualidade.

Provavelmente, essa atitude tenha partido da imaginação fértil de alguns aprendizes de intelectuais, tomados por momentos de delírios e endossados por empresários ansiosos por inovações milagrosas, culminando fatalmente no sacrifício da língua materna, com sua extinção do ensino jurídico.

Entretanto, convém destacar, que o ato de escrever e interpretar, devido a complexidade da língua, o que chamamos de “riqueza da língua”, para muitos estudantes torna-se uma angústia, fruto da carência educacional deixada pelo ensino fundamental e médio. Daí a importância da disciplina em questão na vida acadêmica do aluno que tem essa dificuldade.

Seria muita pretensão acreditar que a faculdade irá suprir as deficiências dos ensinamentos anteriores, porém a esta cabe continuar o processo, ensinando-os a enfrentar “a língua do mundo real”, sobretudo incentivando os prazeres da leitura e

da escrita, vez que esta é que será o veículo de transporte para o sucesso profissional e aquela o combustível indispensável.

Percebe-se, todavia, que naquelas instituições em que o ensino do Português persiste, alguns acadêmicos de Direito, muitas vezes se preocupam mais com as matérias específicas do curso, deixando em segundo plano a língua portuguesa, o que é extremamente lamentável, visto que o maior risco para esses estudantes é continuar invisível à necessidade de aprender a falar e a escrever bem. Essa invisibilidade não constitui nenhuma catástrofe, mas é um problema grave, pois falar e escrever claro, e precisamente o nível culto padrão, é o que fará a diferença no mundo do Jurídico.

Sabe-se que na área jurídica, aquele que não consegue expressar-se bem pelos mecanismos da fala e da escrita não conseguirá exercer bem a sua profissão. Assim, mister se faz que o acadêmico de Direito tenha consciência e reconheça que ao profissional do direito, caberá sempre se expressar de maneira elegante, especialmente sendo claro, preciso e conciso, utilizando-se das normas gramaticais, sem esquecer dos elementos primordiais: coerência e coesão, indispensáveis para a unidade textual. Deve-se ainda evitar os termos rebuscados que cansam ouvintes e leitores, sob pena de se perder a intenção almejada.

Como diz a autora Mariângela de F. Ariosi: “Vale ressaltar que, para o profissional da área jurídica, o bom emprego da língua portuguesa é uma condição *“sine qua non”* para o sucesso de sua carreira.(...) a língua portuguesa se apresenta, para este profissional, sob dois níveis: a escrita e a oral. Quanto à oral, tem-se o estudo da retórica, que auxilia este profissional na realização de seus objetivos; Mas, é na língua escrita, chamada de língua culta, onde aparecem as maiores dificuldades, principalmente quando, no decorrer de um prolixo texto jurídico, cometem-se erros tão elementares e incabíveis que se suspeita tratem-se de erros de digitação, esquecimentos ou falta de atenção, pois às vezes, é difícil acreditar no

descobrimto de normas tão elementares da língua por parte de um profissional aparentemente ilibado. E, quanto mais pomposo o teor e a forma desta redação, mais ridícula, pedante e soberba vai aparentar quando esta demonstrar erros elementares de língua. Estes erros, considerados inconcebíveis neste nível de linguagem são de ordem primária, denotam desconhecimento do bom português e conferem descrédito ao texto.

Sobretudo o fato de credibilidade pode comprometer, além do texto, a própria imagem do profissional que porventura se descuida do uso de um português”. (ARIOSI. Mariângela de F. Manual de Redação Jurídica. 2ª ed. Sp: editora Forense. 2000.)

Vale dizer, que somente através das palavras pode o profissional da área jurídica expor suas manifestações dentro dos processos de forma clara e resumida, usando cada termo no seu sentido técnico-jurídico, fazendo-se entender com a objetividade e a praticidade do mundo moderno.

As estatísticas nos revelam o alto índice de reprovação em concursos..., com médias baixíssimas em Língua Portuguesa.

Oportuno destacar, que no exame de ordem, realizado pela OAB/PA, em maio de 2004, teve-se o maior índice de reprovação de todos os tempos. Dos 663 bacharéis, formados nos cursos jurídicos, que se submeteram às provas da OAB, visando à conquista do direito de exercer a advocacia, apenas 116 foram aprovados. Em consequência desse péssimo resultado, cujo índice de reprovação foi de 81,9%, os dirigentes da OAB diagnosticaram que a culpa é a da massificação do ensino, da criação exagerada de novos cursos jurídicos e da falta de empenho dos estudantes.

Em São Paulo, a Dra. Ivete Senise Ferreira, à época, presidindo a Comissão de Exame de Ordem da Seccional paulista, acenou para a possibilidade de se criar mais um obstáculo para os novos advogados: na sua opinião, cada bacharel deveria fazer cinco vezes, no máximo, o exame de ordem, porque o candidato que faz o exame várias vezes, sem sucesso, “deveria ser aconselhado a repensar sua opção profissional”. Portanto, depois de freqüentar durante cinco anos, no mínimo, um curso jurídico, gastando, se for aluno de uma faculdade particular, e se não comprar nenhum livro, trinta mil reais, aproximadamente – em algumas faculdades, esse valor pode chegar a R\$60.000,00-, o bacharel deveria desistir, simplesmente, de ser advogado, e começar tudo de novo.

Aliás, extrai-se do Provimento nº 34, do Conselho Federal da OAB, cada candidato poderia fazer o exame, no máximo, oito vezes, entretanto de acordo com o Provimento nº 81/96, que atualmente “regulamenta” o exame de ordem, não existe qualquer restrição. Desse modo, cada bacharel poderá continuar fazendo, por enquanto, o exame de ordem, três vezes por ano. E pagando as respectivas taxas, conforme a deliberação de cada Conselho Seccional.

No Paraná, depois dos resultados do exame de ordem, foi proposta a revogação do dispositivo constante do Estatuto da Advocacia e da OAB, que exige a aprovação dos bacharéis no exame, para a sua inscrição na OAB, sob o argumento de que a competência para avaliar a qualidade dos cursos jurídicos e dos professores é do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e não à OAB.

Na verdade, podemos afirmar com toda segurança, que como tudo na vida, só alcançaremos o domínio esperado, com a prática reiterada e constante. Não obstante, já dizia filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, de que “os limites da linguagem são também os limites do pensamento”. Das sábias palavras, conclui-se com bastante propriedade, de que aqueles que buscam aprimorar o uso da língua estão também aprendendo a pensar melhor.

Como ensina Aquino, “O que você não pode é ficar ansioso, excessivamente preocupado com possíveis erros. O aprendizado é um processo lento, porém, seguro; pede paciência e dedicação.(...) Não deixe desanimar pelos obstáculos encontrados: o desenvolvimento, você verá, é realmente uma questão de tempo.” Trata-se da linguagem compromissada com as regras gramaticais. Exige sempre o conhecimento das regras da língua portuguesa. O operador do Direito tem o dever de conhecer as normas de acentuação, a concordância, a regência, a crase, a ortografia, a pontuação, etc. “*Seja qual for a finalidade do seu texto (composição escolar, concurso público, obra literária, prazer de escrever etc.), evite a linguagem coloquial, popular, descompromissada com a gramática.*” (AQUINO, 2002, pág. 14).

Isso interessa ao Direito. O ordenamento jurídico brasileiro se expressa por meio da língua portuguesa. O mau uso da língua pode influir de maneira negativa, dentre outros fatores, no bom andamento da Justiça, na sua celeridade.

Disso tudo, aqueles que ainda tinham dúvida acerca da importância da Língua Portuguesa, na área forense é necessário que percebam que esta representa o ícone da identidade do profissional da área jurídica e que incontestavelmente o domínio da legislação vigente está intimamente atrelado ao manuseio adequado da linguagem. Por derradeiro e sem utopia, há mudanças, acreditando que aqueles que ceifaram a língua portuguesa do currículo dos cursos de Direito, terão a sensibilidade em reconhecer o erro cometido, voltando atrás, ainda que seja tarde. Decerto, se tal atitude não for adotada os danos serão irreparáveis, além disso, estaremos assistindo o enfraquecimento de uma das carreiras mais brilhantes da atualidade, pois acreditamos que é através da palavra que se esconde toda a realização Jurídica, e é no uso adequado, com conhecimento aprimorado que há a sedução, a persuasão que se exige do profissional do Direito.

2 REFERÊNCIAS

1. ARIOSI, Mariangela de F. **Manual de redação Jurídica**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
2. ANDRADE, Margarida de. HENRIQUES, Antônio. **Língua Portuguesa, Noções Básicas para Cursos Superiores**. São Paulo: Editora Atlas S. A ., 1991.
3. NASCIMENTO, Edmundo Dantes. **Linguagem Forense: a língua Portuguesa aplicada à linguagem do foro**. 10 ed. . São Paulo: Saraiva, 2002.
4. ALBURQUERQUE, Francisco Fausto de. **Curso prático de português forense**. Belo Horizonte: RTM, 1997.
5. ALMEIDA, Antônio Fernando de. ALMEIDA, Valéria Rosa de. **Português Básico. Gramática. Redação. Texto**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A ., 1999.

DANOS MORAIS: CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO E *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

José Japiassu de Almeida Júnior¹⁴

RESUMO

Tema de relevante importante para a atualidade, a indenização por danos morais ainda suscita dúvidas e controvérsias: Como mensurar a dor daqueles que a alegam? Quais são os critérios para tal mensuração? A dor se presume ou deve ser cabalmente demonstrada?. Estes são os temas objeto das presentes considerações.

Palavras-chaves: Danos; Morais.

ABSTRACT

Important subject to the reality, the morality damage compensation supports doubts and controversies: how to measure the grief which is alleged? Which are the criterions to make this measurement? Is the grief sensed or should be demonstrated? These are the subjects of the present considerations.

KEY-WORDS: **Damage; Morality.**

1 INTRODUÇÃO

Dentre tantas categorias de direitos asseguradas ao homem pelo Ordenamento Jurídico vigente, uma vem ganhando especial atenção: a dos direitos da personalidade (direito à imagem, à moral, ao nome, etc.). Tais direitos estão

¹⁴ Escrivão Judiciário, Coordenador e Professor do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia.

ligados de tal forma à personalidade humana, que são considerados irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e inalienáveis.

Creemos que o fascínio exercido por tais direitos não decorre propriamente de sua essência, mas sim das conseqüências decorrentes de sua violação, em especial, à sua extensão, forma de apuração e a fixação do *quantum* indenizatório.

Porém, antes de adentrarmos em tal mérito, convém trazer a lume que à lesão provocada a um direito da personalidade dar-se-á o nome de dano moral. Este, na cristalina lição de Savatier,

é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc. (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525).

Ou ainda na lição de Arnaldo Wald:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407).

Outrossim, é necessário dizer que o dever de indenizar não decorre da simples ocorrência de um dano a direito patrimonial ou personalíssimo alheio, sendo indispensável ainda a presença de uma conduta humana comissiva (ação) ou omissiva (omissão), bem como um nexos causal ligando esta (ação) àquele (dano - resultado). Na falta de um desses elementos não se poderá falar no dever de indenizar.

Destarte, podemos dizer que haverá o dever de indenizar sempre que em decorrência de uma ação comissiva ou omissiva humana surjam prejuízos de ordem material ou moral a outrem.

Ao mecanismo de impor ao causador de danos a direitos alheios a obrigação de repará-los, a doutrina denomina de Responsabilidade Civil, sendo esta definida por Caio Mário da Silva Pereira como sendo o:

Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrado no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de o reparar (Direito Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13).

Exatamente neste ponto, quando estão presentes os três elementos acima apontados (ação, resultado e nexos causal), surgirá a responsabilidade civil do causador do dano e com ela os seguintes problemas para os operadores do Direito: Como identificar o dano? Quais os critérios para sua apuração? Como mensurá-lo em valores monetários?

2 A IDENTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A questão não é de fácil solução, havendo quem entenda ser necessário demonstrar, de forma cabal, o abalo moral por parte daquele que o invoca, sob pena de não merecer amparo da tutela jurisdicional.

Por outro lado, há os que entendem seja apenas necessária a demonstração da relação de causa e consequência entre a conduta lesiva e o resultado (nexo de causalidade), pouco importando os aspectos subjetivos da vítima ante a sua ocorrência.

Embora não seja pacífico, esse último entendimento vem predominando na prática judiciária nacional, sendo certo que em consonância com ele o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo (REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01/09/97).

Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...) (REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes, DJU 09/12/97).

Conquanto respeitável e devidamente fundamentado, ousamos discordar do entendimento esposado pelo Tribunal Superior, eis que, ao nosso sentir, desprezar a prova da existência e da extensão do dano moral na esfera íntima do indivíduo que o invoca, é permitir que o Judiciário seja palco para inúmeras aventuras judiciais pelos que pretendem o enriquecimento fácil.

Outro não é o pensamento do festejado mestre J.J. Calmon de Passos, para quem *“Assim como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa “dor” que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimento”*.

Aliás, com seu brilhantismo de sempre o mesmo mestre nos convida a uma profunda reflexão quando leciona:

Nada mais suscetível de subjetivizar-se que a dor, nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chorá-la, porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos. A possibilidade, inclusive, de retiramos proveitos financeiros dessa nossa dor oculta, fez-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados. Para

se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da efetiva dor do beneficiário, desocultando-a. Hipocritamente descartamos essa exigência, precisamente porque, quando real a dor, repugna ao que sofre pelo que é insubstituível substituí-lo pelo encorpamento de sua conta bancária. Daí termos também, na nossa sociedade cínica, construído uma nova forma de responsabilidade objetiva – a responsabilidade por danos morais à base de standards de moralidade abstrata, já que a moralidade concreta já nem consegue se fazer ouvir, de tão debilitada que está. O anonimato do culpado ou seu rosto coletivo e a adesão à sociedade do risco desvinculou o problema moral da culpa por danos morais, desnaturando-a. A par disso, ou como conseqüência disso, o anonimato da moral, por força de suas muitas e mudáveis faces, porquanto se tornou caleidoscópica, levou à responsabilidade por danos morais sem se indagar concretamente sobre o problema moral no caso concreto. Se o filho é vitimado, o pai é premiado com uma indenização, sem se cogitar das verdadeiras relações afetivas que existiam entre este reprodutor, chamado de pai, e o fruto de sua ejaculação. Antes quanto menos dor realmente ele experimenta tanto maior é sua dor oculta para fins de indenização. Não se indaga se aquele que se enche de furor ético porque teve recusado um cheque de sua emissão teve, por força disso, forte abalo emocional, ou é simplesmente um navegador esperto no mar de permissividades e tolerância que apelidamos de ousadia empreendedora. Quando a moralidade é posta debaixo do tapete, esse lixo pode ser trazido para fora no momento em que bem nos convier. E justamente porque a moralidade se fez algo descartável e de menor importância no mundo de hoje, em que o relativismo, o pluralismo, o cinismo, o ceticismo, a permissividade e o imediatismo têm papel decisivo, o ressarcimento por danos morais teria que também se objetivar para justificar-se numa sociedade tão eticamente frágil e indiferente. O ético deixa de ser algo intersubjetivamente estruturado e institucionalizado, descaracterizando-se como reparação de natureza moral para se traduzir em ressarcimento material, vale dizer, o dano moral é significativo não para reparar a ofensa à honra e a outros valores éticos, sim para acrescentar alguns trocados ao patrimônio do felizardo que foi moralmente (?) enxovalhado.

Ademais, não é de se olvidar que nos Estados Unidos da América, onde vigora solução assemelhada, criou-se uma verdadeira indústria milionária da indenização por danos morais, sendo certo que diante da mínima violação a um direito pessoal, ainda que sem capacidade lesiva ao conjunto de atributos íntimos da vítima, inúmeros processos judiciais são intentados diariamente, abarrotando a prestação jurisdicional naquela nação e desviando o foco dos magistrados para questões de somenos importância, quando, em seu gabinete, centenas de contendas de maior vulto se acumulam.

Por tais considerações preferimos perfilhar a corrente dos que propugnam ser requisito básico para reconhecimento do dano moral, não só a existência de uma relação de causalidade entre a conduta lesiva e o dano, mas também prova da sua repercussão na esfera íntima do indivíduo, causando-lhe abalo capaz de fazê-lo sentir-se menor diante dos seus pares e impingindo-lhe sofrimento psicológico relevante. Não se pode presumir esta como propõe a Corte Superior.

Não se provando a repercussão íntima do dano, entendemos que a indenização não será cabível, ao menos sob o fundamento de danos morais, posto que estes não restariam comprovados.

Ultrapassada a primeira das questões passemos a análise dos critérios para apuração dos danos morais.

3 CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DO DANO MORAL

Os critérios poderão ser classificados como objetivos ou subjetivos de acordo com a corrente perfilhada pelo ordenamento jurídico para identificação do dano moral.

Caso vigore a idéia de que seja apenas necessária a demonstração da relação de causa e consequência entre a conduta lesiva e o resultado (nexo de causalidade), pouco importando os aspectos subjetivos da vítima ante a sua ocorrência, temos que o critério vigente será o objetivo, cabendo à vítima apenas provar a existência de uma conduta lesiva por parte do agente, um dano e a relação de causalidade ligando uma coisa (dano) à outra (conduta). Não haverá qualquer preocupação quanto à demonstração da repercussão íntima do abalo moral.

De outro turno, caso predomine o entendimento de que além da triologia (ação, resultado e nexos causal) acima apontada, seja necessária a demonstração da

potencialidade lesiva do dano moral na esfera íntima da vítima, teremos como vigente o critério subjetivo.

Nesse ponto surgirá para o magistrado o desafio de adentrar no espírito da vítima e perquirir se a conduta lesiva teve força suficiente para causar abalos psíquicos ou emocionais, ou, se pela sua estrutura psíquica e auto-estima desta, tratou-se de coisa de somenos importância, incapaz de produzir-lhe maiores transtornos.

A tarefa não é fácil, máxime quando se tem em vista que o homem é um ser cultural, fruto do meio social, político e econômico em que está inserido, e destarte, fatos que não possuem capacidade lesiva em relação a alguns, poderão revestir-se de especial potencial lesivo em relação a outros.

Por exemplo, dizer a uma pessoa que não possui deficiência física ou sensorial que ela não tem competência para desenvolver certa tarefa poderá ser por ela interpretado como simplesmente inadequação àquela atividade, sem que com isso seja incutido em seu inconsciente que ela não tenha capacidade para realização de tantas outras atividades; mas dizer o mesmo para uma pessoa que possua tais deficiências, e que por isso mesmo já possui uma estrutura psicológica diferenciada, pode acentuar no seu interior sua sensação ilusória de inutilidade.

Assim, patente está que a dor moral nunca será sentida da mesma forma, ao contrário, será personalíssima, variando de indivíduo para indivíduo, de forma que diante de uma mesma ofensa alguns não sofrerão qualquer tipo de abalo, ao passo que outros terão sua estrutura psicológica prejudicada.

Vê-se, portanto, que a questão é delicada e merece especial atenção do operador do direito que não pode olvidar das condições pessoais, sociais, econômicas e religiosas que cercam uma pessoa no apreciar a potencialidade lesiva de um gravame moral que lhe fora irrogado.

Nesse diapasão, o critério que tem sido mais aceito é o de considerar o comportamento mediano, ou seja, perquirir se diante da situação apresentada outras pessoas portadoras de iguais condições físicas, sociais, econômicas, etc, sentir-se-iam igualmente ofendidas, ou se ao revés, o fato em nada as abalaria. Se a resposta for afirmativa, isto é, se o fato revestir-se de potencialidade lesiva para outras pessoas que se acham na mesma posição, configurado estará o dano moral, surgindo o dever de indenizar; ao revés, se ficar demonstrado que tais pessoas em nada se abalariam, ficará evidente que o dano suscitado trata-se de mero capricho pessoal daquele que o alega, e que por isso mesmo não deverá ser indenizado.

4 FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

No que concerne à fixação do *quantum* indenizatório, consignamos inicialmente que a reparação se dirige à consecução de dois grandes objetivos: de um lado satisfazer o lesionado, compensando-lhe financeiramente pelo gravame suportado; e de outro punir o lesionante, inibindo-lhe na reiteração de atos que venham ocasionar danos a direitos personalíssimos alheios.

Portanto, o instituto da indenização por danos morais é estruturado segundo o binômio satisfação-punibilidade.

Satisfação daquele que foi vítima do dano com um valor pecuniário, o qual, em tese, se destinará a recompor o patrimônio moral lesado; punibilidade do causador da lesão, que, através da condenação terá seu patrimônio diminuído em favor de outrem, e será inibido a não praticar novamente o ato danoso.

Observe-se que em se tratando de danos morais a tarefa de fixação do *quantum indenizatório* é deveras tormentosa, posto que o bem lesado (imagem, honra, boa fama, respeitabilidade, etc.) não é suscetível de mensuração financeira.

Trata-se de um terreno movediço, onde não há um critério definitivo para sua determinação, devendo o julgador, diante do caso concreto e tendo em vista as condições pessoais do lesado, bem como a postura do causador da lesão fixar os critérios a serem perpassados.

O que o julgador não pode perder de vista, em sua árdua tarefa de fixar o valor indenizatório que recomporá financeiramente o patrimônio moral do lesionado, é que o *quantum* não pode ser irrisório, pois se o for, o agente causador estará incentivado a recalitrar em suas ações; mas também não pode ser exagerado, eis que o instituto da indenização não tem por escopo enriquecer o lesado, mas apenas reparar a dor moral gerada com uma compensação financeira justa.

Portanto, o *quantum indenizatório* deve ser suficiente para punir exemplarmente a conduta do agente causador do dano e inibir-lhe na reiteração da prática de atos ofensivos a direitos alheios; mas não pode consistir em fonte de enriquecimento desmedido para o ofendido, eis que não é esta a finalidade do instituto da responsabilidade civil.

Na inexistência de parâmetros legais para fixação do *quantum indenizatório*, sugere-se que o julgador leve em consideração, quanto ao ofendido, as suas condições pessoais (sociais, econômicas) de vida, e quanto ao causador do dano, além destas, seu grau de culpabilidade, a intensidade da sua conduta e se há reiteração na prática de atos semelhantes.

Embora não sejam precisos, tais critérios, aliados aos da razoabilidade e proporcionalidade, permitem que o julgador fixe uma indenização que de um lado

recompensará monetariamente o lesado pela dor moral que lhe fora causada, sem, contudo, propiciar-lhe enriquecimento indevido, e de outro punirá o agente causador do dano, desestimulando a reiteração da prática de atos semelhantes.

5 CONCLUSÕES

O mundo globalizado impõe a busca desenfreada por informação e por compensações financeiras cada vez maiores, para o que, via de regra, estimula a desvalorização das relações humanas e o desrespeito ao próximo, principalmente com a invasão da sua seara íntima, ou seja, dos seus direitos personalíssimos (honra, imagem, boa fama, respeitabilidade, etc.).

Diante de tal conjuntura, quando o ser humano está cada vez mais vulnerável à banalização de institutos jurídicos tradicionais como a família, a liberdade, a igualdade, a respeitabilidade, a honorabilidade, etc, o instituto da responsabilidade civil, impondo a reparação dos danos morais e patrimoniais eventualmente causados adquire especial relevo e importância para que o ser humano volte a humanizar-se.

Entretanto, no que pertine aos danos morais, objeto da presente reflexão, alguns pontos devem ser analisados com mais cautela, sob pena de desmoralizar-se um instituto que foi criado para reparar lesões provocadas a direitos personalíssimos e não para se tornar mais um instrumento à disposição dos que buscam o enriquecimento indevido.

Nesse diapasão, é preciso definir os critérios identificadores do dano moral.

Infelizmente, quanto ao tema, vem predominando junto aos Tribunais Superiores tese de que é apenas necessário provar a relação de causa e consequência entre

a conduta lesiva e o resultado (nexo de causalidade), pouco importando os aspectos subjetivos da vítima ante a sua ocorrência, eis que sua dor moral se presume.

Em nosso entendimento tal postura é incorreta e deve ser revista, posto que proporcionar indenização a quem efetivamente não demonstrou ter sofrido qualquer tipo de abalo, é o mesmo que proporcionar enriquecimento sem causa, o que é de todo vedado pelo Ordenamento Jurídico vigente. Pela revisão, pois, outro viés que se põe, refere-se à questão da fixação do *quantum* indenizatório, e aqui, parece não haver controvérsia, eis que é entendimento corrente que a soma não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento indevido; mas não deve ser inexpressiva, pois se o for, não inibirá o causador do dano a não reiterar em seu comportamento.

Para fixação do *quantum* indenizatório a legislação vigente não estabeleceu parâmetros objetivos, e destarte, cabe ao julgador, caso a caso e considerando as condições pessoais do lesado e do causador da lesão, bem como o ânimo e reincidência deste último, fixar a importância que atenderá aos fins acima mencionados.

Em último esforço, ressaltamos a importância do instituto da indenização por danos morais como instrumento de cidadania e de humanização das relações sociais, principalmente em tempos de concorrência globalizada, onde a banalização do elemento humano provoca desagregação e põe em risco a própria existência do Estado. Entretanto, sua utilização deve ser revista, posto que ao se premiar com indenizações milionárias quem sequer fez prova do abalo moral alegado, equivale a por em cheque regra basilar do nosso Direito que veda expressamente o enriquecimento sem causa.

6 REFERÊNCIAS

1. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O dano moral**. Artigo publicado no site www.jusnavigandi.com.br.
2. FERREIRA JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.
3. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
4. RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
5. BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
6. CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
7. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.
8. WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

USUÁRIO E DEPENDENTE DE DROGAS: vítimas ou delinqüentes da sociedade?

Juracy José da Silva¹⁵

RESUMO

É cediço que a criminalização de condutas relativas a determinadas drogas qualificadas como ilícitas e a ênfase dada à repressão penal como forma de controle à sua disseminação se reverberam no centro da atual política de drogas, traduzindo valores que, não obstante o distanciamento da realidade, encontram-se profundamente enraizados no conjunto de nossa sociedade. Acredito que, no tema de drogas, é onde mais fortemente se manifeste a enganosa publicidade do sistema penal, apresentando como um instrumento capaz de solucionar conflitos, bem como capaz de fornecer segurança e tranqüilidade, através da punição dos autores de condutas que a lei define como crimes. Decerto, a intervenção do sistema penal sempre aparece como a primeira alternativa, como forma mais palpável de segurança, à guisa de fazer crer que o problema estará sendo solucionado. Tenho convicção de que é nas drogas, onde mais ocorrem as informações falsas, capazes de induzir à errada busca da intervenção do sistema penal, que, aqui, mais do que ser apenas uma solução simplista e aparente, é, na verdade, uma fonte de maiores e mais graves conflitos, um paradoxal estimulante de situações delitivas.

PALAVRAS-CHAVES: Conflito; Drogas; Contudas.

ABSTRACT

It's known that the criminalization of conduct related to determined drugs, qualified like illegal, and the emphasis given to the penal repression as a form of control to its widespread returned like the center of the present politic of drugs, translating these values that, despite the distance of the reality, are stemmed in the conjunct of our society. I believe that, in the drug context, it's where it's manifested the misunderstanding publicity of the penal system, presented like a tool able to solve

¹⁵ Juiz de direito, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim), professor da cadeira de Direito Penal do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia/ES e professor da Escola de Magistratura do Estado do Espírito

conflicts, and able to supply security and calm, by the punishment of the authors of conduct that the law defines as a crime. So, the intervention of the penal system always appears as the first alternative, as the most intelligent way of security to believe that the problem will be solved. I have conviction that is in the drug where more appears wrong information, able to induce the wrong search of the intervention of penal system that, here, more than be just a simple and better solution, is, in fact, a source of the bigger conflicts, a paradox stimulus of wrong situations.

KEY-WORDS: Conflict; Drug; Conduct.

1 USUÁRIO E DEPENDENTES DE DROGAS

O legislador brasileiro, como sempre, nutrido desse sentimento de que o direito penal é o único instituto capaz de solucionar à desmedida incidência de drogas na sociedade, fez nascer o maior desastre jurídico da história, no pormenor do usuário e do dependente de droga. A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que foi publicada no dia 24.08.2006 e entrou em vigor no dia 08.10.2006, traz como espinha dorsal dessa nova legislação, dentre outros, os seguintes pontos: a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); c) rigor punitivo contra o **traficante** e **financiador** do tráfico; d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o “ocasional” e; e) arrumar a celeuma procedimental criada pela Lei nº 10.409/02.

Criou a mencionada Lei, o SISNAD (Sistema Nacional de Política Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa: a) articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas; b) atenção e reinserção social dos usuários e dependentes; c) repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.

O usuário e o dependente passaram a ser tratados como vítimas/delinqüentes. De um lado, quis reconhecer o legislador que o uso de entorpecentes não é um problema de natureza penal, ante a ausência da lesividade, ao mesmo tempo em que estabeleceu medidas de caráter sancionador. Não é descriminalização plena, tampouco se manteve no âmbito do direito penal como figura típica.

Para Luiz Flavio Gomes a alteração legislativa fez surgir a chamada infração *sui generis*, segundo ele o uso de drogas não é mais crime nem contravenção penal, tampouco uma infração administrativa. Não é crime em razão da pena de prisão ter sido abolida, não é ilícito administrativo em razão de que não é a autoridade administrativa que aplica as medidas sancionadoras cominadas (Nova Lei de Drogas Comentada. Ed. Revistas dos Tribunais, p. 110).

Segundo o referido autor o art. 28, fez surgir um novo direito, de cunho sancionador. Afirma que não se trata de Direito Penal e nem Administrativo. Penal não é, em razão de suas sanções serem distintas e, muitas vezes, não possui os mesmos efeitos das condenações penais tradicionais. Não é ilícito administrativo porque as sanções devem ser aplicadas por um juiz. O art. 28, em suma, constitui mais um exemplo de direito judicial sancionador ou direito sancionador judicial, que tem correspondência com o chamado direito das contra-ordenações de Portugal.

A bem da verdade, o legiferante não adotou nenhum dos modelos mundiais sobre drogas. Aboliu o modelo norte-americano, que prega a abstinência e a tolerância zero. Não seguiu a tendência dos liberais ingleses que pregam o modelo liberal radical, que, baseado nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, que enfatiza a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário.

Também não adotou o modelo europeu da “redução de danos”, que segue uma estratégia que não se coaduna com a abstinência ou mesmo com a tolerância zero dos nortes-americanos.

Para os europeus a “redução dos danos” causados aos usuários e a terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica etc) seria o correto enfoque para o problema. Esse mesmo modelo, de outro norte, propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (regulamentação) educacional. Salienta os adeptos a esse modelo que a droga é problema sobretudo, de saúde pública.

Talvez por questões meramente políticas, o Brasil não assumiu essa tendência européia, pois deve-se tratar o usuário e o dependente como carecedores de intervenção psicológica e clínica, o que seria mais sensato.

Seja como for, o desastre foi inserido no ordenamento jurídico, acreditando alguns que houve avanço. A meu ver, o que ocorreu foi a comprovação de que em matéria legiferante, o Brasil ainda engatinha.

Seria, contudo, uma injustiça de minha parte, não reconhecer que, em alguns pontos, o legislador acertou, visto que a situação legal das drogas reclamava uma disciplina mais coesa.

Foi feliz o legislador ao manter a distinção de usuário e traficante com base no caso concreto, ficando ao crivo do juiz levar em conta a natureza da droga, sua quantidade, local e condições da prisão, modo de vida do agente, seus antecedentes etc, para qualificação do traficante.

A propósito, em relação ao traficante, foi mantido o “direito penal de emergência”, pois a nova lei segue a linha punitiva internacional; houve a majoração da pena mínima de três anos para cinco anos, muito embora a experiência já demonstrou que o agravamento da punição não tem o condão de diminuir a violência. Da mesma forma, a proibição dos benefícios como fiança, anistia, graça, indulto e liberdade provisória, nunca repercutiu no abrandamento da criminalidade.

Há que se parabenizar, ainda, os congressistas pela nova figura penal chamada de “financiador” que é aquele que sustenta ou provê as despesas, abastecendo do que for necessário o tráfico de drogas.

Não obstante, “pisou na bola” ao prever uma sensível diminuição de pena para o traficante ocasional (primário e de bons antecedentes, que não se dedica à atividade criminosa), bem como ao criar a nova figura típica privilegiada (traficante ocasional e íntimo), nos termos do art. 33, parágrafo 3º, da Lei 11.343/2006.

Ora, qual a diferença entre o elemento que oferece à pessoa de seu relacionamento, droga, para juntos consumirem, mesmo sem finalidade de lucro, com aquela que comercializa a substância.

Embora o traficante ocasional não se dedique à atividade criminosa nem integre à organização criminosa, ele não deixa de estar fomentando o uso de entorpecentes, pois poderá criar vários grupos de relacionamento e assim proliferar a incidência de drogas e o aumento de usuários.

Deixando isso para outra oportunidade, retomemos ao tema, que propositadamente nos distanciamos por algumas linhas. Acredito que o legislador, *em ultima ratio*, fez surgir em relação ao usuário e dependente uma espécie de controle terapêutico-assistencial com os efeitos negativos da criminalização. Explico: o controle terapêutico-assistencial impõe condições contraditórias com os

métodos mais avançados de tratamento dos aditos, do ponto de vista de sua eficácia e de sua cientificidade.

Introduzindo um complicador à busca do tratamento, ou seja, a necessária revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, a criminalização ainda atua sobre o indigitado controle terapêutico-assistencial, integrando-o ao sistema penal. Com efeito, aqui cabe uma observação, a saber: leis penais que impõem a obrigatoriedade do tratamento àqueles que têm sua culpabilidade excluída, em razão da dependência, contrariam o princípio básico de que o êxito de qualquer tratamento, nesta área, está condicionado à voluntariedade de sua busca.

Vaillant ensina que o começo de um tratamento eficaz, a longo prazo, só se dá, efetivamente, quando o médico, a família e o paciente concordam que este tem uma doença que o requer, para, mais adiante, afirmar que o atendimento compulsório raramente é benéfico (G. Vaillant, op, cit, p. 573).

A lição de Alessandro Baratta encaixa como luva em relação à justiça terapêutica que impõe o tratamento compulsório aos acusados da prática ilícita de consumo de drogas, vejamos: *“a dependência de drogas ilícitas é menos curável do que seria, se nesta pequena parte do problema social não houvesse intervindo à justiça penal”*. O autor distingue dois efeitos decorrentes da utilização de drogas, efeitos primários e efeitos secundários.

Os primários incidem indiretamente no indivíduo e dizem respeito a qualquer espécie de droga, seja lícita ou ilícita. Os efeitos secundários, por seu turno, referem-se aos custos sociais da criminalização das drogas. Eles decorrem não só do processo incriminador, como, também, da reação social informal que a própria criminalização acarreta (Introducción a la criminología de la droga. Trad. Mauricio Martínez. Nuevo Foro Penal. Bogotá, n. 41, 1988, p. 74, cit. Luiz Flávio Gomes, Nova Lei de Drogas).

O professor Baratta relaciona os seguintes custos sociais da criminalização das drogas, devendo ser separados em cinco classes de incidência: a) consumidores; b) âmbito social; c) sistema penal; d) sistemas educacional e assistencial de controle; e) e o mercado de drogas.

O que interessa para essa inflexão, que ora se propõe, é a situação do consumidor. À luz da dissertação do autor alienígena, anteriormente referido, consumidores são atingidos em sua saúde, porque o fato de a droga ser ilícita impossibilita a devida fiscalização e controle de qualidade da substância, fazendo com que em inúmeros casos, sejam utilizadas drogas imprestáveis para o consumo. Também o fato de a ilicitude desdobrar-se em preço alto faz com que muitos dependentes caiam no uso de drogas baratas, muitas vezes grandemente mais agressivas. Além disso, a ilegalidade do comércio obriga que o indivíduo tenha contato direto com um mundo à margem do social, na verdade, trata-se de verdadeiras subculturas, induzindo-o, com frequência a nelas ingressar.

Como se observa, não há dúvida que o consumo de drogas é um problema de saúde pública e não do direito penal. Ao usuário se impõe o trabalho de conscientização, com medidas educacionais e acompanhamento profissional. Ao dependente, políticas de tratamento ambulatorial ou de internação, mas à guisa voluntária.

A terapia compulsória não resolve se o dependente não aceita espontaneamente o tratamento.

Há que se adotar o chamado modelo restaurativo, voltado para **o acolhimento, prevenção da reincidência, atenção e reinserção social do agente do fato, sem, contudo, promover a liberação radical, tampouco lhe impor medidas transfiguradas de penas.**

Ao revés disso, deveria ter sido aproveitada a oportunidade de se estabelecer critérios mais realistas para o tema droga, a novel legislação impõe ao dependente (penas previstas no Capítulo III (e que terão incidência contra o usuário)) **as seguintes sanções**: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade; c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

E para a garantia do cumprimento dessas ‘medidas educativas’ (parágrafo 6º, do art. 28) o juiz ainda pode impor: a) admoestação verbal; b) multa.

Não se pode perder de mira que essas medidas não se prestam ao inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, o dependente crônico da droga. Esse é inimputável. As referidas medidas se aplicam aos usuários ocasionais e aos viciados.

A propósito, é de bom tom esclarecer a distinção entre o dependente e o viciado. O primeiro, pode alcançar o nível de doente mental ou retirar do agente a capacidade de tomar decisões, de entender e querer, ou seja, a sua autodeterminação quando sobre o efeito da droga. Vício consiste no hábito ou costume persistente da pessoa consumir droga (consumidor irresistível), sem repercussão na sua capacidade de entendimento.

As medidas propostas pelo legislador se apresentam desprovidas de qualquer eficácia empírica. Vamos ao seguinte caso prático: a autoridade policial surpreende um usuário com pequena quantidade de droga e o encaminha ao Juiz. Este, por seu turno, faz uma advertência ao usuário e o obriga a freqüentar palestras sobre o efeito do entorpecente. Dias depois o mesmo usuário é novamente surpreendido pela mesma autoridade policial, que o leva ao juiz, só que agora o magistrado tem que aplicar um “esporro” e mandá-lo embora. Numa terceira vez o usuário é de novo flagrado pela prática do mesmo ilícito. O que

fazer? A lei responde, deverá o juiz aplicar-lhe uma multa, que não sendo paga deverá ser convertida em dívida de valor a ser cobrada pela Fazenda Pública (art. 51, do CP).

Ora, onde está a efetividade das medidas com escopo de contribuir para a solução do problema do usuário ou dependente de drogas.

A meu ver, o modelo proposto pelos europeus – redução de dano - se sobressai muito mais eficaz e que, inclusive, já encontra-se em prática no Brasil, só que de forma bem tímida.

A redução de danos é uma medida de saúde pública que consiste em minimizar as conseqüências adversas do uso de drogas, sem necessariamente diminuir ou interromper o seu consumo.

No Brasil, redução de danos é uma política oficial do Ministério da Saúde, a cargo da Coordenação Nacional de DST e AIDS, que dá suporte técnico e financeiro aos executores de suas ações – os Programas de Redução de Danos (PRDs).

O princípio fundamental dos PRDs é o respeito à liberdade de escolha de cada um, mesmo em se tratando dos usuários de drogas mais comprometidos, a exemplo dos usuários de drogas injetáveis (UDIs). Esses programas atuam diretamente com os usuários, por meio de agentes comunitários de saúde, também conhecidos como redutores de danos.

Entre as ações desenvolvidas pelos PRDs destacam-se a troca de seringas usadas por novas e a distribuição de outros equipamentos de injeção (algodão com álcool para higiene local, água destilada e colheres plásticas para diluição da droga entre os UDIs), o que faz com que esses programas, muitas vezes sejam conhecidos apenas como programa de troca de seringas. No entanto, os PRDs

desenvolvem outras ações, como a distribuição de preservativos e de material educativo, orientação sobre sexo seguro e outros cuidados com a saúde e o encaminhamento dos usuários de drogas para serviços de assistência médica e psicológica.

É cediço que a preocupação com as práticas sexuais é muito importante, pois é comum que os usuários de drogas têm grande dificuldade em mudar o seu comportamento no que se refere a essas práticas. Uma outra face desse problema é que, na medida em que o uso de drogas ilícitas é socialmente muito discriminado, as pessoas omitem sua condição de usuário, o que dificulta a inserção no programa.

O respeito às condições e ao momento de cada usuário de droga, além de constituir princípio básico do Programa de Redução de Danos – PRDs, é também o ponto de partida para as ações de redução de danos por eles desenvolvidas. Conhecendo a dificuldade de interrupção do consumo de drogas por uma pessoa que faz uso de forma abusiva, os princípios e práticas de redução de danos se apóiam na seguinte seqüência pelos agentes do Programa:

Nos respeitamos a sua condição de usuário de drogas, entretanto, seria bom que você não as usasse; se você não consegue parar de usar drogas, seria bom que não usasse por via injetável; se você não consegue parar de usar injetável, seria bom que não compartilhasse seringas e os demais equipamentos de injeção com outras pessoas. Em quaisquer destas situações, nós estamos provendo os meios necessários para preservar a sua saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE E MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2006, p. 85.)

Uma característica importante do Programa de Redução de Danos é o resgate da cidadania dos usuários de drogas, população em geral extremamente marginalizada.

A meu sentir, os usuários e dependentes de drogas devem ser identificados pela sociedade, família e pela autoridade pública, sem o temor da repressão judicial e serem submetidos a tratamento, à luz das condições e do momento de cada um, mediante a redução de danos.

Advertir, admoestar, prestar serviço à comunidade, multar, bem como obrigar a freqüência em curso educativo, são medidas paliativas, desprovidas de eficácia social e moral. As variáveis que compõem essa problemática não podem ser analisadas isoladamente, pois articulam processos dinâmicos de construção social sobre saúde, recursos para sobrevivência e maneira de enfrentar os problemas e dificuldades.

O psiquiatra Cury (2006), na sua obra "*o mestre da sensibilidade*", traduz bem o que estamos falando, na seguinte frase:

[...] precisamos aprender com o mestre de Nazaré a fazer uma "faxina" no templo de nosso interior. Virar a "mesa" dos pensamentos negativos. Extirpar o "comércio" do medo e da insegurança. Reciclar nossa rigidez e rever o superficialismo com que reagimos aos eventos da vida.

A sociedade precisa causar uma revolução dentro de si mesma e assim partir para mudanças nas rotas sinuosas das crises sociais. Criar normas à guisa como ficou assentado no art. 28, da Lei nº 11.343/06 é desconhecer ou não aceitar a realidade social.

A droga representa um apelo cada vez mais sedutor. Essa é a tônica.

A verdade é que a sociedade não consegue mostrar à seus jovens e adultos algo mais atraente e prazeroso do que uma coisa chamada droga. Droga mágica, a conquistar, a dominar e a escravizar seus adeptos. O consumo de estupefacientes impregna a delinqüência moderna. Não há mais crime desvinculado da droga. A droga está em compasso com todas as modalidades de delitos.

A sociedade irá continuar a produzir infratores cada vez mais jovens, em decorrência das conseqüências nefastas da droga, bem como irá imputar a culpa ao governo por não estabelecer normas mais severas. E o governo, por seu turno, perdido ou se comportando como verdadeiro alienígena do problema, deixa surgir regras como a novel sistemática do tratamento aos usuários e dependentes de entorpecentes.

O Desembargador do Rio de Janeiro, José Renato Nalini, definiu bem isso ao falar sobre “a máfia endireita a América”, senão vejamos: “infelizmente, as palavras, as comissões, os estudos não fazem cessar o número de vítimas jovens na guerra desigual contra a droga. Vidas perdidas não se devolvem e a esperança, depois de morta, não costuma ressuscitar” (artigo. A máfia endireita a América. Revista Consulex. Pág. 35, nº 230).

Espero, sinceramente, que o desembargador carioca tenha sido infeliz na sua conclusão. Quero acreditar que ainda há esperança.

De toda sorte, a questão do usuário e dependente de droga ainda carece de tratamento condizente com a realidade social.

Concluo asseverando que mais uma vez o legislador perdeu a oportunidade de buscar uma solução efetiva para o enfrentamento da nova realidade social das drogas: “um câncer que tem contaminado toda sociedade”.

2 REFERÊNCIAS

1. CURY, Augusto. **O mestre da sensibilidade**: Jesus o maior especialista no território da emoção. Sextante, 2006.

2. KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1992.
3. **MINISTÉRIO DA SAÚDE E MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO** (Unesco e Unicef). Guia para a formação de profissionais de saúde e de educação: saúde e prevenção nas escolas. Brasília: 2006.
4. PINHEIRO, Raquel Martins e SILVEIRA, Carla. **Drogas e Aids: Prevenção e Tratamento**. v. 1500. Belo Horizonte: Ministério de Saúde / Coordenação Nacional de DST e AIS, 2001.
5. **REVISTA JURÍDICA CONSULEX**. Nº 230, 2006.
6. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**. Nova Lei de Drogas Comentada. Coordenação Luiz Flávio Gomes. Editora RT.
7. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**. Nova Lei de Drogas Comentada. G. Vaillant e Alessandro Baratta, citados na obra coordenada Luiz Flávio Gomes. Editora RT.

ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO

Lawrence Lubiana Zanotti ¹⁶

RESUMO

Matéria de muito interesse é acerca do Ônus da Prova no Direito Processual Trabalhista. Não apenas por tratar-se de um dos temas mais importantes dentro do Direito, mas também, e principalmente, pela proteção dada ao Trabalhador face à legislação pátria. Tratar-se-á, nestas pequenas considerações, sobre o Instituto do Ônus da Prova e sua influência sobre o direito do empregado e do empregador.

PALAVRAS-CHAVES: Onus; Prova; Influência; Empregado

ABSTRACT

An interest subject is the forbidden Test in Work Processual Law. Not only because it's one of the most t subject in law, but also, and mainly, for the protection given to worker the national legislation. This study will show, in short considerations, the Institute of a Forbidden Test and its influence on employee rights.

KEY-WORDS: Forbidden, Test, Influence, Employee.

1 DO ÔNUS DA PROVA

1.1 CONCEITUAÇÃO E PREVISÃO LEGAL.

Provar pode ser conceituado como fazer conhecimento para o juiz dos fatos controvertidos ou duvidosos para lhe dar a certeza das questões em exame.

¹⁶ Professor do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia - INESV. Pós-graduado em Direito Público e Didática do Ensino Superior. Advogado militante inscrito na OAB-ES sob n.º 10.342

Onus probandi é o dever de a parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do juiz. Não basta serem feitas meras alegações (alegatio et non probatio quasi non allegatio). “Ônus da prova é o **encargo**, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (ALMEIDA JR., João Mendes de, 1960, p. 163).

De fato, na existência de fatos controvertidos, existe a necessidade real a respeito do que está sendo buscado, através da tutela jurisdicional.

É a prova o instrumento capaz de demonstrar a realidade dentro do contexto levado à solução estatal. No dizer de Mascardus, “quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse; não poder ser provado, ou não ser é a mesma coisa” (apud ALMEIDA JR., João Mendes de., 1960. p. 172).

O Artigo 333 do Código de Processo Civil institui as regras gerais de caráter genérico sobre a distribuição do encargo probatório as partes:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I. recair sobre direito indisponível das partes;

II. tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O instituto do ônus da prova possui três princípios prévios que devem ser observados e seguidos pelo magistrado, quais sejam: O juiz não pode deixar de proferir uma decisão; As partes possuem a iniciativa da ação da prova, ou seja, possuem o encargo de produzir as provas para o julgamento do juiz. O juiz deve

decidir segundo o alegado e comprovado nos autos e não segundo sua convicção pessoal.

Da análise do artigo supracitado, pode ser observado que o ônus da prova recai tanto para o autor quanto para o réu. Ao autor, cabendo provar o que alega, ao réu, cabendo provar a inexistência do direito do autor, ou seja, provar fato que venha a extinguir, modificar ou impedir o direito do autor. O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, institui regras sobre a disposição entre as partes acerca do ônus da prova.

O ônus da prova incumbirá àquele que fizer alegações em juízo, a respeito da existência ou inexistência de determinado fato.

Nas lições de Carnelutti, "o critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação é o interesse da própria afirmação. Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas"; Chiovenda lembra que:

o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por estes tidos como verdadeiros. (apud, Primeiras Linhas de Processo Civil, Saraiva, v.2.^o, MOACYR AMARAL SANTOS).

Entende-se que ao autor cabe provar os fatos constitutivos da relação jurídica, enquanto que ao réu deve promover a prova de suas afirmações.

De regra, a parte é quem vai produzir as provas que desejar, não cabendo ao juiz escolher produzir a prova que lhe interesse. Porém, faculta-se ao magistrado assumir uma posição ativa (conforme art.130 do CPC) que lhe permite determinar

a produção de provas, desde que o faça, sempre, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

Porém, trata-se de "exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com freqüência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgador." (JUIZ ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS., in RT 714/158).

1.2 MEIOS DE PROVA

A prova pode ser materializada através de vários meios, trazidos ao processo pelas partes.

O Código de Processo Civil enumera, em vários artigos, meios de prova tais como: o depoimento pessoal (Art. 342 a 347), exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), prova documental (Art. 364 a 399), confissão (Art. 348 a 354), prova testemunhal (Art. 400 a 419), inspeção judicial (Art. 440 a 443) e prova pericial (Art. 420 a 439).

O Art. 332 do CPC, entretanto, esclarece que as partes poderão utilizar de todos os meios de provas que previstos, desde que não sejam ilegais e que sejam moralmente legítimos:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Devem, as provas, estarem revestidas pela moralidade e lealdade, sendo imprescindível, também, que sejam obtidos utilizando-se de meios legais. Caso não possuam tais requisitos, serão as provas consideradas ilegítimas e, por via de

conseqüência, não serão aproveitadas no julgamento do mérito da ação, não podendo ser objetos de fundamentação na sentença proferida pelo magistrado.

2 O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO

A legislação trabalhista, ao distribuir o ônus da prova, determina que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Este é o texto legal encontrado no artigo 818 da CLT.

Então, caberia a cada parte comprovar as alegações formuladas nas peças processuais, mesmo que a relação processual seja perante a justiça do trabalho, na qual é clara a desigualdade verificada entre o empregado e o empregador.

Se for interpretada essa regra ao pé da letra, chegaríamos a situações inusitadas. Se o reclamante alegasse que trabalhava em certo horário, seria dele a prova. Se na contestação a empresa informasse que o horário era outro, seria ela que teria de fazer a prova. Contudo, se o reclamante fizesse outra afirmação na réplica, então o ônus da prova retornaria a ele. Assim, teríamos um entendimento elástico do que viria a ser ônus da prova com base na determinação do art. 818 da CLT.

A aplicação da regra contida no artigo 818 da CLT, apesar de semelhante ao estatuído pelo CPC, não apresenta as mesmas conseqüências para as partes que as do processo civil.

Exemplo claro, e o pedido de horas extras, em que alega o reclamante (empregado) que realiza trabalho em jornada extraordinária, mas não produzindo prova quanto às referidas alegações, sob a égide do artigo 333 do CPC, teria seu pedido rejeitado pelo órgão judicante, pois o encargo de provar os fatos constitutivos de direito incumbe a quem alega ser titular desse direito.

A primeira vista, se o empregado deixa de fazer prova da jornada de trabalho, não são devidas pelo empregador as horas extras postuladas.

O TST, entretanto, formulou a respeito de tal matéria entendimento diverso. O entendimento passou a ser que o empregador tem melhores condições ou aptidão para a prova do que o empregado. É a aplicação do princípio da maior aptidão para a prova.

Se a empresa tem os controles de ponto, por possuir mais de 10 empregados, tem obrigação de apresentá-los em juízo. Trata-se de documento comum às partes, que tem de ser juntado ao processo, ainda que não haja determinação do juiz.

Foi editada a nova redação da Súmula 338 do TST:

Jornada. Registro. Ônus da prova. É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Há, assim, nas horas extras, presunção da jornada de trabalho indicada na Inicial. O empregador deve juntar a documentação contestatória independentemente da determinação do Juiz, pois deve provar a inexistência das horas extras. Esta é a orientação seguida pelos tribunais.

12263821 - HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. 1. Acerca do ônus da prova, o sistema processual trabalhista alberga a teoria da aptidão para a produção da prova, mediante a qual, não obstante a regra clássica de distribuição de que trata o artigo 333 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, se vislumbra a possibilidade de inversão do ônus da prova. Aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do disposto no artigo 852 - D, acrescentado pela Lei nº 9.957/2000, acolheu essa hipótese. Robustece tal assertiva a essência do entendimento consagrado na Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, que enumera circunstâncias nas quais se afigura pertinente a inversão do ônus da prova, como é o caso da apresentação de cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes. 2. No caso dos autos, uma vez não apresentados os cartões de ponto pela

Reclamada, o Regional reputou como verdadeira a jornada declinada na petição inicial, condenando-a, em decorrência, ao pagamento de horas extras. 3. Recurso de revista de que não se conhece. (TST; RR 78.069/2003-900-04-00.1; Quinta Turma; Rel. Min. Emmanoel Pereira; DJU 13/10/2006; Pág. 1052)

Admite-se, entretanto, prova pelo empregador da real jornada de trabalho, pois a súmula estabelece apenas presunção relativa de veracidade de fatos, e não presunção absoluta.

Apreciando-se a matéria sob a ótica do artigo 818 da CLT, o empregador, ao contestar as alegações de horas extras, atrai para si, automaticamente, o ônus da prova, visto que expôs uma alegação relevante e substitutiva da anterior. Não o fazendo, ter-se-ia como verdadeira a alegação do reclamante.

A prova de ausência de intervalo, por sua vez, é do empregado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 818 da CLT e inciso I do art. 333 do CPC.

Nesse sentido, manifesta-se Sérgio Pinto Martins:

O ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado. É a orientação de Nicola Framarino del Malatesta, que também se aplica ao processo do trabalho. Afirma o autor que “a experiência nos diz que são muito numerosos os direitos gozados legitimamente que os ilegítimamente; mostra-nos, em outro termos, que, no maior número de casos, os direitos gozados por uma pessoa o são legitimamente. Por isso é ordinário que se goze um direito que nos pertence, assim como também é extraordinário que se goze um direito que não nos pertence. A experiência nos mostra que é maior o número das obrigações reconhecidas e cumpridas extrajudicialmente que as reconhecidas e cumpridas judicialmente; em outros termos, no maior número de casos as obrigações são reconhecidas e cumpridas sem ser preciso recorrer à Justiça. Por isso, o reconhecimento das obrigações sem debate judicial é ordinário e o não-reconhecimento, extraordinário. Deriva daí que o autor que impugna um direito gozado pelo demandado pede judicialmente o reconhecimento ou cumprimento de uma obrigação, não faz mais que afirmar um estado de coisas contrário ao que está no curso ordinário, um estado extraordinário. Por isso, cabe-lhe a prova, pois a presunção de ter razão assiste ao demandado. Este ponto de vista me parece claro e determinado para entender e admitir a máxima romana: *onus probandi incumbit actori*” (MALATESTA, Nicola

Framarino del. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Conan, 1995. p. 148-149), isto é, o ônus da prova incumbe ao autor. O normal é ter intervalo de uma hora. O anormal, não ter intervalo ou ter intervalo inferior ao legal, deve ser provado pelo empregado.¹⁷ Ônus da prova. Intervalo. A prova de intervalo de 30 minutos era do reclamante, nos termos do art. 818 da CLT. O ordinário, que é ter intervalo normal de uma hora, é presumido. O extraordinário, ter intervalo inferior, deve ser provado. O autor não fez prova quanto ao intervalo de 30 minutos. Assim, presume-se que tinha uma hora de intervalo, sendo indevidas diferenças nesse sentido. Recurso, nesse ponto, provido.” (TRT 2ª R., RO 02990125153, Ac. 3ª T., 20000027965, Rel. Juiz Sergio Pinto Martins, DJSP 15.02.2000, p. 9).

Em outras ocasiões a sistemática apresentada pelo processo civil será diversa na esfera trabalhista. Exemplo é a análise da existência ou inexistência do vínculo empregatício, com base no artigo 3.º da CLT. Nesse caso, a prova da existência da relação de emprego é do empregado, porém, quando o empregador nega o vínculo de emprego e afirma que o trabalho foi prestado a outro título, ao empregador cabe o ônus da prova.

Há uma tendência que tenta atribuir maior ônus de prova ao empregador, levando-se em consideração o princípio da proteção, haja vista a maior fragilidade do empregado nas relações de emprego.

Pode-se observar a não semelhança existente entre os artigos da Consolidação das Leis Trabalhista e do Código de Processo Civil. Manoel Antônio Teixeira Filho, in “A Prova no Processo do Trabalho”, ao afirmar que:

Isto nos leva afirmar, por conseguinte, a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, o qual consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art.818, da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Ônus da Prova Relativo no Processo do Trabalho. Juris Síntese IOB On Line.
http://www.iob.com.br/jurissinteseiob/news_doutrinadb.asp?id_doutrina=420&id_canal_itens=6

uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária.¹⁸

Já quanto ao FGTS, a prova da existência de diferenças é do empregado, nos termos do art. 818 da CLT e do inciso I do art. 333 do CPC, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. O trabalhador tem acesso aos extratos na conta vinculada do FGTS. Assim, pode indicar as diferenças que entendem devidas a título de FGTS.

O ônus da prova, conforme demonstrado alhures, é dever de cada parte, através dos meios permitidos em lei.

O Enunciado 68 do TST estabelece que é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Já o 212 do TST estabelece que “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”

Sendo assim, pode ser notado a forte influência dos tribunais da Justiça do Trabalho para a inversão do ônus da prova em benefício da parte mais vulnerável da relação, para que o empregador seja compelido a comprovar em juízo isto.

Importante ensinamento do eminente Amauri Mascaro Nascimento in Curso de Direito Processual do Trabalho:

Em processo trabalhista deve reger o princípio da igualdade das partes em matéria de ônus da prova. Entretanto, a lei cria numerosas presunções legais em favor dos trabalhadores, dispensando-os, assim, parcialmente, dos ônus probatórios.

¹⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. São Paulo: Ltr., 1997.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que o fato ou os fatos que fundamentam o pedido do autor, constantes da petição inicial, não podem limitar-se a simples alegações, mas, ao contrário, devem ser comprovados, para que possam ser levados em conta pelo juiz na sua decisão.

O ônus da prova no Processo do Trabalho tem como regra geral o disposto no artigo 818 da CLT, ou seja, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. No entanto, em alguns casos específicos, como os estudados acima, ocorre a inversão do onus probandi, tendo em vista a hipossuficiência do empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador para formar a prova. Nesse sentido, sobre o reclamado recairá o ônus da prova sempre que ele (o empregador) expor uma alegação oposta à do empregado e capaz de eliminá-la. Logo, a inversão do ônus da prova é uma exceção à regra do artigo 818 da CLT, aplicando-se apenas aos alguns casos, como os elencados acima.

Em que pese às opiniões dos mestres citados, filiamo-nos a corrente doutrinária que acredita, que o ônus da prova deve recair sobre aquele que, devido as circunstâncias, tiver maiores condições de produzir a prova.

4 REFERÊNCIAS

1. FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13. Ed. Volume II. Revisada e Atualizada. São Paulo. Saraiva, 1999.
2. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 309.
3. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001.

4. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Processo Civil**. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2003.
5. TEIXEIRA, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr., 1997.

ACIDENTE DE TRABALHO

Noemia Bosi ¹⁹

RESUMO

Os inúmeros casos acidentários, cujos efeitos são danos, quase sempre, irreversíveis para o trabalhador vitimado e sua família e, em contrapartida, o desinteresse ou desinformação de algumas empresas em efetivarem as normas de proteção ao meio ambiente laboral, que são fontes eficazes na prevenção de acidentes do trabalho, sendo essencial as normas protetivas do ambiente de trabalho (medidas de segurança, higiene e saúde do trabalhador), sendo de suma importância a sua efetiva implementação, para justificar a regra fundamental do nosso ordenamento jurídico – o direito à vida plena e digna, a partir da valorização do trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: Trabalhador; acidentes; trabalho; valorização

ABSTRACT

The countless accidental cases, which effects are damage, almost always irremediable to the victimized worker d his/her family, in contribution, the lack of interest or information of some companies in effecting the worked protection rights, which are efficiency sources in prevention to work accidents, being essential the protection rules on work nature (safety ways, hygiene and health of the worker) and it's too important the application, to justify the fundamental rule of our judge order: the right of a full and decent life, from the valorization of work.

KEY-WORDS: Worker; Accident; Work; Valorization.

1 INTRODUÇÃO

Os acidentes de trabalho rememoram das primeiras atividades do homem voltadas à sua sobrevivência: a caça e a coleta. Os primitivos ancestrais do homem passavam por toda forma de penúria para conseguirem seu sustento. Na

¹⁹ Aluna do 5º período do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia.

medida em que se deu a evolução dos processos de produção aumentaram os riscos de acidentes do trabalho. Todavia, foi a partir da Revolução Industrial, que se verificou a intensificação da degradação do meio ambiente natural e humano, aumentando assim a exposição dos seres humanos aos riscos do trabalho. E atualmente, em plena época da globalização, embora algumas empresas tenham implantado e implementado com sucesso as normas de segurança e medicina do trabalho, o índice de acidente ainda é altíssimo e aviltante.

Há que se ressaltar que a invenção e utilização da máquina a vapor, ao invés de visar a redução dos esforços físicos, tiveram o escopo de potencializar o modo de produção capitalista. O avanço tecnológico e econômico desumanizou a economia.

Segundo Raimundo Simão de Melo, a globalização da economia e as mudanças no mercado e no Direito do trabalho, com precariedade das condições de segurança ambiental no trabalho, mais o modismo da flexibilização das normas trabalhista e a filosofia neoliberal do governo federal são responsáveis por esses resultados desastrosos que mantêm o país no ranking mundial em infortúnios do trabalho. É preciso, portanto, ao contrário da flexibilização desordenada, tornar o direito laboral mais forte, para fazer frente aos avanços ilimitados dos interesses do capital, principalmente para a proteção daquilo que parece ser essencial, qual seja, a manutenção do emprego, não qualquer emprego, mas um emprego que preserve a dignidade da pessoa, que aliás, trata-se de princípio fundamental da República Federativa.

2 CONCEITO DE ACIDENTE DE TRABALHO

O conceito legal de acidente de trabalho está definido no art. 19 da lei 8.213/91 . Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício da trabalho a serviço da

empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Depreende-se pois, que para a Lei Previdenciária, o acidente do trabalho somente ocorre com trabalhadores, os quais, no exercício de suas atividades, prestam serviço à empresa : o segurado empregado ou empregado avulso, bem como com o segurado especial, cujos efeitos provocam lesão corporal ou perturbação funcional suficientes para causar a morte, a perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho.

Ficam excluídos os empregados domésticos e os contribuintes individuais e facultativos, ao quais não receberão o benefício de auxílio –acidente.

O acidente do trabalho está vinculado a um fator primordial que é a capacidade para o trabalho. Havendo perda ou redução da capacidade para o trabalho, estará configurado o acidente do trabalho.

Não podemos deixar de mencionar que existe diferença entre acidente de trabalho e doenças ocupacionais, já vimos que o acidente de trabalho, é um evento casual danoso, que provoca lesão corporal ou perturbação funcional, perda ou redução da capacidade para o trabalho ou morte da vítima, sendo isso previsível e até muitas vezes evitável, podendo ocorrer devido ao descuido por parte do indivíduo por deixar de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho, e também pela empresa que não estiver com uma estrutura de prevenção da acidentes. Já as doenças ocupacionais são aquelas que ocorrem pela exposição cotidiana do trabalhador a agentes nocivos de qualquer natureza, presentes no ambiente de trabalho, sendo espécies dessas doenças: as doenças do trabalho e as doenças profissionais. As primeiras estão associadas a fatores relacionados ao

trabalho, porém, não estão ligadas ao exercício de determinada profissão, exemplo disso temos a exposição continuada de movimentos repetitivos. Já as associadas à profissão são aquelas cuja atividade, por sua natureza, atua na incapacidade para o trabalho ou morte, como é o caso do indivíduo que trabalha nas pedreiras, com o tempo o pó vai entranhando nos pulmões, causando – lhe impossibilidade de trabalhar.

A importância dessa classificação é de interesse do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que reconhece automaticamente a existência da relação de causa e efeito quando o cidadão que busca sua assistência é portador de doença profissional. Contudo, para os casos de doenças do trabalho o nexo causal deverá ser comprovado por meio de laudo técnico competente emitido pelo engenheiro de segurança ou médico do trabalho.

3 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DOS ACIDENTES DE TRABALHO

As causas de acidentes de trabalho sem dúvida advém da exposição do indivíduo aos riscos que envolvam objetos, substâncias químicas, podemos verificar também como causa de acidente de trabalho o crescimento tecnológico experimentado pela humanidade nos últimos tempos e ao excessivo aumento da produção, com isso empresas procuram investir em programas e equipamentos Paliativos de proteção individual, aos equipamentos de proteção grupal ou outras a tomar medidas preventivas coletiva, por julgá-los mais onerosos, o que caracteriza o desinteresse pelo meio ambiente laboral. Temos como causas de acidente de trabalho a deficiência no sistema de inspeção do trabalho, excesso de horas extras, sistema inadequado de compensação de quadro de horários e dos turnos de revezamento, a fadiga física e a tensão mental do trabalhador.

Com isso, para prevenção e redução desse número, é imprescindível fazer um levantamento amplo e específico sobre a ocorrência de acidentes, o local de trabalho e as condições de trabalho. Assim, além de possibilitar a implementação de programas de prevenção de acidentes de trabalho pelos responsáveis do ambiente laboral, aponta os locais em que a fiscalização deve ser realizada com mais rigor.

Deixando de cumprir as exigências, os efeitos dos acidentes do trabalho são inúmeros e extremamente negativos e onerosos. Sem dúvida o trabalhador e sua família sofrem os maiores prejuízos, ficando impossibilitado de exercer seu trabalho, deixando de obter o sustento para a família, muitas vezes sendo marginalizado pela própria sociedade, ou até mesmo indo a óbito. Os custos do INSS também são altos, considerando os gastos com benefícios: aposentadoria antecipada, auxílio – doença, pensão por morte, auxílio – acidente, reabilitação e readaptação do segurado-acidentado e gastos com saúde. As empresas precisam arcar com despesas imediatas com o acidentado, haverá queda na produção, tendo que gastar para contratar substituto, ou pagar horas extras, ocorrendo acidente de trabalho, a empresa acaba perdendo um pouco de credibilidade social, e além desses prejuízos, poderá ser obrigada a longo prazo, a fazer a reinserção do acidentado pelo período de estabilidade adquirida, dentre tantas outras despesas.

Não se pode esquecer que os processos acidentários trabalhistas são iniciados pelo órgão previdenciário, somente após a comunicação do fato sinistro, a partir da CAT (comunicação de acidente de trabalho), documento relativo apenas aos empregados registrados em carteira da empresa. Com isso, o trabalhador receberá os primeiros 15 dias do afastamento, durante esse tempo, o INSS fará com as documentações individuais do trabalhador, mais o atestado médico e o CAT, a perícia, que se for aprovado, ficará recebendo o auxílio – doença acidentário, as perícias serão feitas regularmente, pois se verificado que o

trabalhador não tem possibilidade de desempenho da atividade que exercia anterior ao acidente, redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia à época do acidente, ele terá direito ao auxílio – acidente, que é um benefício mensal ao segurado que, após consolidação da lesão típica, doença profissional ou do trabalho, venha apresentar seqüelas incapacitantes para o trabalho habitual, de cunho parcial e permanente. Com o tempo se verificar que o beneficiário do auxílio – acidente não tiver mais condições de ser absorvido pelo mercado de trabalho e prover a sua subsistência, notadamente naquelas hipóteses em que a mudança de função se torna imperiosa, a ausência ou o fracasso de reabilitação profissional, há de conduzir o segurado à aposentadoria por invalidez acidentária.

4 COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Há grande controvérsia a respeito de quem tem competência para julgar as causas de acidente de trabalho. Antes da EC/45, a competência era da justiça comum.

No entanto o que prevalece no momento é o entendimento do STF e STJ. É certo, portanto, que a competência para ações de acidentes de trabalho propostas pelo empregado contra o empregador por danos materiais e morais é de competência da justiça do trabalho, a contar da vigência da EC/45.

Por outro lado, tantas mil ações já tinham sido propostas na justiça comum, muitas delas já estavam com sentença e aguardando distribuição nos Tribunais de justiça por todo país. Para esses casos a regra é simples: casos propostos na justiça comum e sem sentença proferida, a competência é da justiça do trabalho, devendo-se proceder à remessa dos autos para essa justiça especializada; nos

casos propostos na justiça comum e que já foi proferida sentença, a competência permanece na justiça comum, sendo de direito o processamento e julgamento da apelação pelo respectivo tribunal de justiça.

Tecidas essas considerações, a conclusão é no sentido de que se espera que os Tribunais de justiça julguem de acordo com a orientação do STF e STJ, pois só assim as ações decorrentes de acidente de trabalho, poderão Ter um seguimento correto, depois da EC 45, o que se viu foram autos indo e vindo de uma justiça para outra.

A meu ver, essa decisão é a correta, pois se a justiça do trabalho tem competência para conhecer e julgar todas as ações oriundas da relação de trabalho, bem como o dano material e moral decorrente dessa relação, por que não julgar ações de acidente de trabalho, que decorre também da relação de trabalho, não sendo esta matéria a parte, e sim de natureza trabalhista.

5 CONCLUSÃO

Em todo País, fala-se muito da proteção contra acidente de trabalho nas empresas, que os empregadores têm que implantar programas de prevenção e proteção contra esses sinistros, realmente tem que haver uma proteção, pois o acidente de trabalho, poderá significar o fim da vida de um trabalhador. Ou perda e redução de sua capacidade laborativa, o que afeta intimamente a dignidade da pessoa humana, pois com o seu trabalho ele alcança suas realizações, além de ser o alicerce de seu sustento e de sua família. O que não podemos deixar de expor, é que ocorre muitas vezes esses acidentes de trabalho, não porque a empresa não tenha os devidos equipamentos de segurança, e sim pelo fato dos próprios trabalhadores não observarem o dever de cuidado, acabando assim por acontecer os sinistros.

Por isso, para que se possa ter um ambiente de trabalho adequado, sem muitos riscos de acidentes, é preciso que haja uma parceria entre empregador e empregado, se cada um fizer a sua parte, com certeza os incidentes irão diminuir consideravelmente.

6 REFERÊNCIAS

1. BORGES, Rodrigo Trezza. **Acidente de trabalho.** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4990>. Pesquisado em 17/12/2006.
2. COSTA, Hertz Jacinto Costa. **Previdência Social:** estudos sobre o auxílio-acidente.
3. MATOS, Eneas de Oliveira. **Competência para julgar ações de acidente de trabalho:** entendimento do STF pela definição da competência da justiça do trabalho e entendimento do STJ sobre o momento de aplicação dessa competência. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 807, 18 set.2005.
4. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho.** 22 ed. Atualizada. LTR. São Paulo: 2005.

MANDADO MONITÓRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

Sandro Astolfi Tótola²⁰

RESUMO

Partindo do pressuposto de que não há consenso na doutrina e jurisprudência pátria sobre a natureza jurídica de muitos atos praticados na ação monitoria, criada pela Lei nº. 9.079/95, fato que se justifica em razão da vagatura das premissas legais, impedindo a dedução de conclusões unívocas, o presente artigo, reconhecendo a colaboração que a praxe forense presta na construção de um entendimento tendente a uniformizar o andamento das referidas ações, analisa o mandado monitorio, concluindo que pouco foi inovado e que o mandado monitorio, no nosso ordenamento, em nada se diferencia, na sua essência, dos demais mandados de citação e intimação.

PALAVRAS-CHAVE: ação monitoria; mandado monitorio; citação; intimação

ABSTRACT

Based on the fact that there is not general agreement on the doctrine and country jurisprudence regarding the juridical nature of many acts practiced under the Monitor Mandate created by the law 9.079/95, fact that is justified due the vagueness of the legal premises, impeding the deduction of unique conclusions, this article , recognising the cooperation that the daily forensic practices give to the construction of an understanding which tends to generalize the progress of such an actions, analyses the monitor mandate, concluding that it was just a little innovated and that it is not different anyway compared to an announcement or citation mandate.

KEY-WORDS: monitor act; monitor mandate; citation; announcement.

²⁰Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Colatina, escrivão judiciário, ex-advogado.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº. 9.079/95, que introduziu no nosso sistema a ação monitória, instalou-se verdadeira celeuma entre nossos processualistas²¹, exercitando o conhecimento e porque não dizer a imaginação dos aplicadores do direito na tentativa de harmonizar tal procedimento a fim de que este possa conviver de forma menos traumática com os demais institutos, principalmente no que diz respeito à natureza das decisões nele proferidas, à natureza da resposta do réu, bem como aos recursos a serem manejados pela parte prejudicada, posto que, apesar de a lei ter inserido apenas três artigos no Código de Processo (art. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C), trouxe um procedimento até então estranho à nossa vigente sistemática processual, não havendo, pelo que se vê, a preocupação do legislador em amoldar alguns de seus atos procedimentais àquela, o que vem dificultando a caracterização da natureza jurídica dos atos praticados na ação monitória.

A preocupação propedêutica, ainda que as conclusões não sejam coincidentes, como de fato não são, é absolutamente procedente e necessária, pois tem a finalidade de fornecer aos órgãos judicantes subsídios teóricos para que seja reduzida a complexidade a ponto de uniformizar ao máximo a interpretação da

²¹ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA fornece uma descrição ao nosso ver bem ampla e satisfatória sobre os variados entendimentos existentes. No que diz respeito ao presente artigo destaca-se, de início, a própria nomenclatura: “ação monitória” que, conforme seu modo de ver seria procedimento monitório. Depois, explicitando a controvérsia anteriormente existente sobre se seria o procedimento monitório um procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa, afirma que a primeira teoria foi abandonada, em razão do inegável caráter contencioso de tal procedimento. Assim, estabelecida a contenciosidade do procedimento, passa a analisar sua natureza jurídica, mencionando as três principais correntes existentes em nossa doutrina: a) a que entende ser o procedimento monitória um procedimento executivo, capitaneada por Vicente Greco Filho, que seria minoritária; b) a que afirma ser o procedimento monitório um quarto tipo de processo, ao lado do cognitivo, do executivo e do cautelar, situando-se entre a cognição e a execução, tese cuja gênese deve-se a Francesco Carnelutti, corrente essa mais numerosa que a primeira; e c) corrente a qual advoga, e que seria dominante na doutrina, de que o procedimento monitório trata-se de um procedimento especial do processo de conhecimento (*Lições de Direito Processual Civil*, vol III, p. 520/523).

norma, de maneira a transmitir a necessária segurança às partes e aos advogados.

Boa parte das dificuldades no estudo da ação monitória, deve-se ao fato de a lei que a introduziu ter sido deveras econômica em seus termos, e como nosso sistema legal de raciocínio dedutivo exige premissas gerais as mais claras e exatas possíveis a fim de que se possam extrair conclusões seguras, justifica-se de certa forma o emaranhado de entendimentos existentes a respeito do processo em comento.

Nessa linha de raciocínio, a observação do desenrolar do procedimento monitório no cotidiano forense, com os problemas de ordem prática surgidos, forçando soluções em nome da marcha processual, têm contribuído bastante para a construção de um entendimento tendente a uniformizar o andamento das referidas ações, um verdadeiro trabalho experimental, indutivo, por assim dizer.

Como adinículo a essa empresa, este artigo pretende abordar o mandado monitório na crença de que uma análise prática do mandado pode ajudar a esclarecer a natureza de alguns atos contingentes ao procedimento.

Ressalte-se, de início, que se criou uma certa mística em torno do processo monitório, mormente no que diz respeito ao mandado inicial, como se a novidade legislativa exigisse uma ótica processual totalmente nova sobre os atos nela praticados, no que acreditamos haver um certo exagero e uma indisfarçável vaidade por parte dos doutrinadores em serem os primeiros a “descobrirem” e documentarem as “novidades” trazidas. Decerto que toda mudança, avanço ou retrocesso, implica um certo grau de rompimento com o que lhe precedeu, contudo, no direito — mesmo no direito processual — não pode o legislador e o aplicador do direito descuidar da visão sistêmica — a menos que se mude todo o sistema, ou se arquitete um microssistema específico —, sob o risco de se criar

uma solução de continuidade extremamente prejudicial posto tornar a norma uma parte que não encontra seu todo, podendo acarretar o descumprimento da mesma por impossibilidades práticas ou mesmo por desvio da *mens legis*, cabendo nessa situação sua correção por parte do próprio legislador ou à jurisprudência, com a imprescindível colaboração da doutrina, para que a norma seja reintegrada ao continente.

2 O MANDADO MONITÓRIO

Feitas as observações acima, o fato é que a prática cartorária tem prestado precioso auxílio para a compreensão do mandado monitorio. Com efeito, o mandado inicial expedido pelo cartório contém, além da citação do réu, uma ordem de pagamento ou de entrega da coisa, fixando o prazo de quinze dias para que o réu cumpra a obrigação (art. 1.102-B) ou apresente embargos (art. 1.102-C), sendo também parte integrante do mandado a advertência de que o não pagamento ou a não entrega da coisa, juntamente com a não interposição de embargos, ensejarão a constituição, de pleno direito, de título executivo judicial.

Inicialmente, cumpre salientar a necessidade da citação do réu na ação monitoria. NERY JÚNIOR e NERY (1997, p. 1034) advertem que “a lei não fala, mas é necessária a citação do réu para que se complete a relação jurídica processual”.

No mesmo sentido doutrina CÂMARA (2005, p. 539), nos seguintes termos:

Não obstante o silêncio da lei, é fundamental a citação do demandado, devendo tal citação ocorrer no mesmo momento (e, sem que haja nisso qualquer vício, através do mesmo mandado) da entrega, ao réu, do mandado monitorio. A citação pode ser feita (e esta será a regra geral) por via postal.

Após ser citado, tomará conhecimento o réu da segunda parte do mandado, vale dizer, a parte efetivamente monitoria²², onde será ele instado ao cumprimento da obrigação, sendo cientificado das vantagens do seu cumprimento e, em contrapartida, advertido das conseqüências do não atendimento.

Sobre o conteúdo do ato citatório, merecem transcrição as lições de DINAMARCO (2002, vol. III, p. 412), para quem:

É indispensável ter presentes dois pontos importantes da teoria da citação: a) ela tem o *escopo* de levar ao réu o conhecimento da propositura da demanda e do seu teor, com o efeito principal de torná-lo parte no processo: b) toda citação traz consigo a *intimação* ao demandado para que realize o primeiro ato que lhe toca no processo.

Especificamente sobre o último ponto, esclarece Dinamarco (2002, vol. III, p. 413) que:

A *indicação do ato a realizar* é a intimação que se faz juntamente com a citação (*supra*, 661) e tem por principal finalidade a orientação do citando quanto aos meios defensivos postos à sua disposição; ela terá também, eventualmente, a finalidade de exigir alguma conduta do demandado, com ou sem cominação punitiva para o caso de descumprimento. No procedimento ordinário, ele é chamado a *oferecer contestação* no prazo de quinze dias: no sumário, a *comparecer à audiência já designada*, acompanhado de advogado que o defenda; na execução, a *pagar* sob pena de penhora; **no processo monitorio, a pagar ou depositar o bem**; na ação de consignação em pagamento, a *levantar o bem depositado ou*

²² Conforme doutrina ORLANDO DE ASSIS CORRÊA, “monitorio é equivalente, ou muito semelhante, na sua significação, a conselho, direção, ordem, determinação (...). Na esfera criminal temos, muito usada, a expressão ‘audiência admonitória, aquela audiência em que o juiz, tendo condenado o réu a cumprimento de pena, chama-o à sua presença, para que, desde que aceite as condições impostas na peça condenatória, fique dispensado desse cumprimento. A audiência é admonitória porque o juiz, por escrito, tão-somente, ou, reforçando o que escreveu e de que foi intimado já o réu, verbalmente o admoeste a cumprir as condições, para fugir à efetivação da pena. Assim, na audiência, o conselho, a sugestão, uma ordem implícita, para cumprimento do que foi decidido. No caso presente, a ação se denomina monitoria porque o juiz, recebendo a petição do credor e estando ela devidamente instruída e formalmente correta, determina a expedição de mandado, a ser denominado, naturalmente, ‘mandado monitorio’. *E sua finalidade é exatamente esta, a de que o devedor, conhecendo a pretensão do credor, e reconhecendo sua obrigação a cumprir, aceite o conselho e a cumpra, para fugir às conseqüências do seu descumprimento, com um processo de execução, e suas conseqüências inevitáveis: penhora, arrematação ou adjudicação, condenação em custas e honorários advocatícios.* A ação se denomina monitoria e o mandado a ser expedido pelo juiz nesta fase, nos casos deste artigo, será o mandado monitorio”. (*Ação Monitoria, comentários e prática forense*, AIDE, 1ª ed., 1995, pp. 29/30, com itálicos não originais).

contestar, na ação de depósito, a entregar o bem, ou contestar *etc.*. O Código de Processo Civil alude a essas intimações ao incluir o *fim da citação* entre os requisitos exigidos (art. 225, inc. II). (os destaques não são originais)

Essas singularidades do ato citatório, que o amoldam aos diversos procedimentos, também foram observadas por MARQUES (2000, vol. III, p. 83/84), que assim se manifestou:

O ajuizamento da petição inicial se efetua através do despacho com que o juiz a recebe para que se inicie o processo e se realizem as diligências destinadas à *vocatio in iudicium*. Trata-se de despacho de expediente, ou ordinário, cuja finalidade precípua é a de ordenar a citação. *É verdade, que em procedimentos especiais, ou o conteúdo do despacho liminar é mais amplo, ou então a ordem de citação nele exarada é aparentemente de efeitos mais extensos que aqueles ordenando, tão-só, a diligência citatória. Na ação de depósito, por exemplo, o despacho liminar contém a ordem para citar-se o réu e, ainda, de entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (art. 902). Na ação de prestação de contas, àquele que pretende exigi-las, do despacho conterà, além da citação, a exigência de prestá-las no prazo de cinco dias (art. 914). No processo de execução, o despacho liminar, além de determinar a citação, ordena o pagamento da quantia reclamada sob pena de penhora.* Trata-se, porém, de formas excepcionais do despacho liminar que se justificam, precisamente, pelo caráter especial dos processos em que aparecem. Ao demais, nos exemplos, o que se contém no despacho é tão-só a ordem de citação, Desta é que resultam, diretamente, os outros ônus impostos ao réu.

Veja-se, assim, que após o réu receber o mandado e ser cientificado dos seus termos, cumpriu-se integralmente o comando judicial, vale dizer, o mandado inicial esgota toda a sua finalidade, não restando mais nada a fazer senão ser juntado aos autos para que se inicie a fluência do prazo nele consignado para a manifestação do réu, além, é claro, das outras finalidades constantes do art. 219 do CPC, no que diz respeito aos efeitos da citação.

O oficial de justiça, conforme podemos perceber, não pratica nenhum ato construtivo sobre os bens do réu, mas apenas cita-o para a ação proposta em seu desfavor, bem como o intima para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias, ou no mesmo prazo oferecer embargos. Assim procedendo, o meirinho terá cumprido inteiramente seu mister, qual seja, respectivamente, “citar” e “intimar”.

Prima facie, percebe-se que tais atos — citação e intimação — não apenas podem como diariamente são feitos pelo cartório através dos correios, sem qualquer prejuízo para o andamento processual. Ao contrário, a utilização desse recurso representa grande economia para os cofres públicos, bem como redundam em agilidade processual, desincumbindo o meirinho de uma diligência em que não há a real necessidade de ser por ele praticada.

Como reforço, convém lembrar a citação via postal prevista na Lei de Execução Fiscal (inc. I do art. 8º da Lei 6.830/80), onde o réu é citado para pagamento no prazo de trinta dias, sob pena de penhora, ou seja, já há a ameaça concreta de constrição de bens, indo, conforme se vê, além da simples admoestação, pois já se encontra aí no campo da execução propriamente dita. No entanto, percebendo o legislador que naquele primeiro momento, ou seja, para a citação do executado não haveria necessidade do uso da intervenção do oficial de justiça, previu a realização de tal diligência através dos correios.

A intenção do legislador ao prever a expedição de “mandado” inicial para a ação monitória, sem dúvida, foi agilizar o procedimento ao máximo, de forma que entendeu que tudo poderia se realizar num mesmo mandado, ou seja, o réu seria citado e intimado e, a seguir, o mandado aguardaria o cumprimento espontâneo e em caso de não atendimento a ordem e nem a interposição de embargos haveria a conversão do procedimento, passando o processo a ser executivo. Contudo, a praxe vem mostrando ser inviável de acontecer num único mandado a junção desnecessária de dois comandos tão distintos — conhecimento e execução —, primeiro, por ser, conforme veremos adiante, impraticável a suspensão da eficácia do mandado inicial em virtude do oferecimento de embargos, depois, desnecessário, uma vez que o mandado ficaria deveras extenso já que, na verdade, seriam dois mandados em um só: a) citação e intimação para a ação monitória; e b) outro específico para os atos de execução a serem eventualmente

praticados para o caso de não cumprimento do mandado ou de embargos julgados improcedentes.

Pode-se pensar também que o Legislador quis conferir à ação monitória a mesma presteza do processo de execução extrajudicial, onde o mandado, após a citação ou do devedor, permanece com o oficial de justiça para, diante do não pagamento ou oferecimento de bens, passe a prática de atos constritivos do patrimônio daquele. Contudo, muito embora não haja disposição legal específica, na ação monitória o mesmo não se dá, uma vez que o mandado inicial, após a citação e intimação do devedor, deve ser juntado aos autos para que tenha início a contagem do prazo de quinze dias nele consignado²³.

Portanto, a interposição de embargos, ao contrário do que diz a lei, não suspende a eficácia do mandado inicial, por ser tal afirmação um contra-senso, pois não existe nada para suspender. Ora, quando o réu é citado da ação e intimado para cumprir o mandado ou oferecer embargos significa que nada mais há para ser feito a não ser aguardar o prazo, que começa a ser contado justamente da juntada do mandado ou AR aos autos e, como é óbvio, se tal eficácia for suspensa o prazo, intrínseco ao comando judicial, também ficará, salientando mais uma vez o fato de que a única coisa pendente no mandado inicial é justamente o prazo de quinze dias para pagamento ou entrega da coisa ou oferecimento de embargos.

Para entender melhor, veja-se a seguinte hipótese: no décimo dia do prazo consignado no mandado monitório, o réu interpõe embargos que, segundo a lei, suspende a eficácia do mandado. Conforme consta do art. 1.102-B, o réu teria quinze dias para pagar ou entregar a coisa, mas com o oferecimento dos embargos que segundo o artigo 1.102-C suspende a eficácia do mandado tal

²³ Assim entende DINAMARCO, para quem “o prazo é de quinze dias, que se conta da consumação do *iter* procedimental do modo citatório escolhido (juntada do aviso de recepção ou do mandado cumprido *etc...*)”. (*op. cit.* p.756). No mesmo sentido, GRECCO FILHO (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 3ª vol., SARAIVA, 15ª ed., 2002., p.261).

prazo também ficaria suspenso, já que o mesmo insere-se na eficácia do mandado, restando, portanto, cinco dias para o final do prazo²⁴. Conclui-se que, ainda que decorridos vários dias ou até meses do oferecimento dos embargos poderia o réu pagar a dívida ou entregar a coisa sem os consectários sucumbenciais especificados no § 1º do art. 1.102-C do CPC. Indo mais longe, chega-se à equivocada conclusão de que ainda que os embargos fossem julgados improcedentes, teria ainda o réu o restante do prazo para efetuar o pagamento ou entregar a coisa sem o acréscimo de custas ou honorários, pois lhe restariam os cinco dias do prazo que fora suspenso como corolário da suspensão da eficácia do mandado.

Percebe-se, assim, a impossibilidade prática criada pela interpretação literal do texto legal, pois, na verdade, nada se suspende com os embargos, tendo estes simplesmente o condão de gerar a preclusão no que diz respeito ao benefício da dispensa de pagamento de custas e honorários que teria o réu em caso de pronto pagamento ou entrega da coisa, além de, é claro, remeter a ação monitória à via ordinária.

Os juízes de primeira instância já perceberam isso, tanto é que no mandado inicial (monitório) expedido pelo cartório não consta a prática de nenhum ato relativo à execução, mas apenas, repetimos, a citação, a intimação e a advertência das conseqüências do não atendimento da ordem.

²⁴Também aqui cabem as lições de DINAMARCO: “*Interromper* um prazo significa cortar a sua fluência, cancelando-se o tempo já passado e recomeçando-se do início. Em linguagem comum, é *zerar* o prazo. *Suspendê-lo* é deter sua contagem por força de um impedimento imposto pela lei, ficando ela sustada até que o impedimento termine e reiniciando-se depois, *a partir do ponto em que estava*. Computa-se o tempo passado antes da suspensão do prazo, diferentemente do que se dá quando há a sua interrupção. Interrompido ou suspenso um prazo, a contagem recomeça ordinariamente (do início ou em continuação, conforme o caso) no primeiro dia útil depois do período de paralisação”. (*Instituições...*, v. II, p. 572).

3 CONCLUSÃO

Chega-se assim, primeiro, à conclusão de que o mandado inicial da ação monitória nada mais é que uma citação e uma intimação que em sua essência nada difere das demais existentes em qualquer processo, podendo, uma vez não implicando em prática de atos materiais pelo oficial de justiça, podendo ser feitas por via postal, nos moldes já previstos no CPC.

Depois, infere-se que o mandado inicial, por ser uma citação e uma intimação, esgota, por óbvio, sua finalidade a partir do momento em que o réu é citado e intimado, devendo ser juntado aos autos para que o prazo de quinze dias tenha sua contagem iniciada.

Por fim, a interposição de embargos, a despeito do que diz a lei, não suspende a eficácia do mandado inicial, posto que a única eficácia restante do mandado é justamente com relação ao prazo, sobre o qual ocorre a preclusão consumativa com a interposição de embargos, se interpostos antes do término do prazo legal.

4 REFERÊNCIAS

1. AMARAL SANTOS, Moacyr, **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 22. ed. , São Paulo: Saraiva, 2002, atualizada por ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS.
2. CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições de Direito Processual Civil**, 7. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, vol. III.
3. CORRÊA, Orlando de Assis, **Ação Monitória**, AIDE, Rio de Janeiro: 1995.
4. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
5. GRECO FILHO, Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3.

6. MARQUES, José Frederico, **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Millennium, 2000, revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval.
7. NERY JÚNIOR, Nelson; Nery Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, São Paulo: RT, 1997.
8. THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 27. ed. Minas Gerais, Forense, 2001, vol. III.

REVISTA UNIVERSO JURÍDICO

A revista Universo Jurídico do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia é uma publicação científica, semestral, inscrita no ISSN sob o nº 1981-1454.

Publica trabalhos técnicos, culturais, científicos e/ou acadêmicos, ligadas ao curso de Direito oferecido na Instituição, desde que atendam aos objetivos das Instituições de Ensino Superior. Admite-se, de preferência, autor pertencente à comunidade acadêmica do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia, sem limitar, contudo, as contribuições e intercâmbios externos, julgados pelo Conselho Editorial, de valor para a revista, e, sobretudo, para a sociedade brasileira.

a) Normas de Publicação

Os originais entregues para a publicação deverão ser assinados pelo autor e seguir as seguintes normas:

1. Texto

- 1.1 Os trabalhos deverão ser inéditos e submetidos ao Conselho Editorial, para a avaliação e revista de pelo menos, dois de seus membros, cabendo-lhe o direito de publicá-lo ou não;
- 1.2 O texto deverá ser apresentado em formato A4 (210x297mm);
- 1.3 Os trabalhos e artigos não deverão ultrapassar o total de vinte laudas, em espaçamento normal; resumos de dissertação e monografia, duas laudas e resenhas e/ou relatos, não ultrapassar quatro laudas;
- 1.4 O texto deverá ser entregue em CD e impresso, sendo composto no editor de texto Word for Windows, com fonte Arial 12;
- 1.5 O trabalho deverá apresentar obrigatoriamente:
 - Título;
 - Nome(s) do(s) autor(es)

- Breve currículo do(s) autor(es), enfocando as atividades mais condizentes com o tema trabalhado;
- Introdução;
- Corpo do trabalho;
- Resultado e/ou conclusões;
- Referências bibliográficas.

b) Referências bibliográficas

As referências bibliográficas deverão ser listadas imediatamente após texto, em ordem alfabética, obedecendo às normas técnicas da Instituição.

c) Citações

Qualquer citação no texto deverá ter obrigatoriamente identificação completa da fonte, acrescida da(s) página (s) de onde foi retirada a citação.

Pede-se aos autores:

- Linguagem condizente como produção científica, evitando abreviações, jargões e neologismos desnecessários;
- Objetividade quanto à construção do título do artigo;
- Apresentação do significado de cada sigla que conta do texto na primeira vez em que ocorre.

d) Comissão Editorial

A Comissão Editorial da Revista Universo Jurídico é composta por 09 (sete) membros, todos pertencentes ao corpo docente, administrativo e discente do Instituto de Ensino Superior de Nova Venécia.

- Eliene Maria Gava Ferrão: Presidenta Comissão
- José Japiassu de Almeida Júnior
- Juracy José da Silva
- Elen Karla Três
- Carina Sabadim Veloso
- Alcione Cabaline Gotardo
- Késsya Pinitente Fabiano
- Alexandra Oliveira
- Monike Meneguete Biancardi

e) Considerações Finais

- Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores e o Conselho Editorial não se responsabilizará pelas opiniões expressadas nos artigos assinados.
- Os originais enviados para a Revista Universo Jurídico não serão devolvidos.
- Não serão aceitas colaborações que já tenham sido publicadas em outras revistas brasileiras e/ou estrangeira.