



Revista da
EMERJ
Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Volume 3 nº 12 - 2000



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Volume 3 nº 12 - 2000



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

© 2000, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. Luiz Fux; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge Alberto Romeiro Júnior; Des. Letícia de Faria Sardas.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Revisão: Irapuã Araujo, Suely Lima; Capa: Geórgia Kitsos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

Rio de Janeiro:

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 262-9804

E-mail: emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Carpena Amorim

Conselho Consultivo

Efetivos

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

Suplentes

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretora do Departamento Geral de Estudos e Ensino

Dra. Heloisa Carpena Vieira de Mello

Coordenadora Geral de Ensino

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Aos Leitores

Este é um grande marco para todos nós aqui na EMERJ.

A nossa Revista está completando 3 (três) anos de existência.

O 12º número está saindo do prelo.

É com grande alegria que saudamos o evento.

Só os que lidam com uma publicação dessa natureza são capazes de avaliar as dificuldades que enfrentamos para obtenção desse objetivo.

Desde que chegamos à Direção da Escola, a Revista passou a ser uma prioridade da administração.

Não se deve esquecer a participação do Banco do Brasil, que nos permite mantê-la no padrão que os Srs. estão acostumados a ver.

Quero aproveitar o ensejo para agradecer aos que engrandeceram a Revista com o fulgor das suas inteligências, destinando ao nosso público inúmeros artigos de excelente qualidade.

Agradeço, também, ao coordenador, Des. Décio Xavier Gama, e à equipe técnica responsável pela publicação, à frente o Dr. Irapuã Araújo.

A Revista da EMERJ é hoje referência para todos os que militam na área, fato que, como não poderia deixar de ser, nos enche de orgulho.

Para os menos avisados, gostaríamos de dizer que não é fácil manter uma publicação do gênero com essa regularidade.

Foi realmente um triunfo.

A Escola se ressentia de uma publicação compatível com a sua grandeza e com os seus objetivos educacionais.

Hoje, graças a Deus, podemos dizer que a Revista é uma realidade e, mais do que isso, uma bonita realidade.

Uma curiosidade para os nossos leitores: a **Revista da EMERJ** está em diversas bibliotecas do Brasil e do exterior. Até no Extremo Oriente,

na China, Hong Kong e Tailândia, esta publicação tem chegado. Quando visitamos aqueles países, a convite oficial do Governo, fizemos questão de deixar a Revista não só nos Tribunais locais, mas também nas Embaixadas do Brasil.

Queira Deus que o nosso entusiasmo contagie as gerações que passarão pela Escola.

O Estado do Rio de Janeiro tem uma plêiade de Juízes da melhor qualidade.

Muito obrigado, portanto, aos que se uniram a nós para a realização de mais essa tarefa da nossa administração.

E muito obrigado aos Srs. Leitores, cuja receptividade à Revista tem sido constatada pela correspondência recebida e pelas manifestações pessoais que tenho merecido.

Aliás, para terminar, são essas carinhosas manifestações dos nossos leitores que nos animam a prosseguir.

Muito obrigado e até breve.

DESEMBARGADOR MANOEL CARPENA AMORIM
Diretor-Geral

SUMÁRIO

A UNIVERSIDADE: COMPROMISSO COM A EXCELÊNCIA E INSTRUMENTO DA TRANSFORMAÇÃO **11**

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – S.T.J.

1. O Sistema educacional brasileiro e a evolução do ensino superior no País.
2. A postura do educador e do universitário.
3. Os objetivos da Universidade.
4. A missão e os compromissos da Universidade no mundo contemporâneo.

TIPOLOGIA DOS MODOS DE “TRATAMENTO” DOS CONFLITOS **21**

Desembargador Felipe Augusto de Miranda Rosa - TJ/RJ

1. Conflito de interesses e seu tratamento.
2. Negociação direta.
3. Mediação: sentido estrito. Arbitragem e intervenção do aparelho estatal.
4. Conceituação - formas mistas.
5. Quadro tipológico.
6. Novas formas judiciais: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, *Small Claim Courts*.
7. Justiça de Paz.
8. Mecanismos paraestatais e da sociedade civil.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO DO CONSUMIDOR **29**

Desembargador Manoel Carpena Amorim - Diretor da EMERJ

Um paralelo entre o sistema de proteção político e o sistema de proteção econômico dos cidadãos. O processo de industrialização e a lição de J. K. Gailbraith. A responsabilidade subjetiva do nosso sistema jurídico (art. nº 159 do CC) e a objetiva do CDC com seus três elementos: a conduta, o dano e o nexo causal. A inversão do ônus da prova. O princípio *pacta sunt servanda* e o da integração.

O MEIO AMBIENTE, OS PODERES DO ESTADO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL **41**

Desembargadora Maria Collares Felipe da Conceição – TJ/RJ

- 1) Pequeno retrospecto histórico.
- 2) A educação ambiental.
- 3) As Medidas Provisórias.
- 4) A capacitação profissional.
- 5) Recursos ambientais. Preservação.
- 6) A cobertura vegetal e os recursos hídricos.

SOBRE O NOME DA PESSOA HUMANA **48**

Professora Maria Celina Bodin de Moraes

1. Introdução.
2. O nome como direito da personalidade.
3. O nome como dever de identificação.
4. A escolha do prenome e as causas legais de alteração.
5. O valor atual da regra de imutabilidade.
6. O nome decorrente do

casamento e sua situação após o divórcio. 7. Transexualismo e alterações do registro civil. 8. A construção do direito à identidade pessoal.

PROTEÇÃO LEGAL AOS SEGREDOS DE NEGÓCIOS

75

Advogada Kátia Braga de Magalhães

A Lei de propriedade industrial, a falta de uma conceituação legal para o **trade secret** e a insegurança dos negócios que desenvolvem técnicas de produção em caráter confidencial. O interesse prático da compilação de técnicas e métodos protegidos e o seu caráter confidencial. A exclusividade dos dados confidenciais. A distinção entre os **trade secrets** e as patentes. A proteção de uma invenção ou de um processo produtivo. O Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) aprovado pelo Decreto nº 1.355/94 e a proteção da informação comercial.

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

81

Juiz de Direito Rogério de Oliveira Souza - TJ/RJ

O art. 6º, inc. VII, do CDC e o direito básico do Consumidor à inversão do ônus da prova: aparente antinomia de normas (hipossuficiência do consumidor e verossimilhança da alegação). O Art. 131 do CPC (a livre apreciação da prova) e o art. 4º, inc. I, do CDC (o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor).

A SÚMULA Nº 189 DO S.T.J E O INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

92

Juiz de Direito José Eduardo Nobre Matta – Justiça Federal/RJ

I - Apresentação do fato processual (frequência maior do Ministério Público na vara cível da Justiça Estadual, diferentemente do que ocorre na Justiça Federal. II - Analisando a Jurisprudência do STJ cristalizada na Súmula nº 189. III - O alcance do art. 82 do CPC, em sua nova redação. IV - Consequências práticas. V - Conclusões.

APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO – JUÍZOS DE VEROSSIMILITUDE E PROBABILIDADE

111

Juiz de Direito Adolpho C. de Andrade Mello Jr. – TJ/RJ

I - Introdução. II - Jurisdição, seus escopos. III - Instrumentabilidade do Processo Judicial. IV - Juízos de verossimilitude e probabilidade. V - Conclusão.

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E O IMPOSTO DE RENDA

118

Desembargador Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento – TJ/RJ

1) Introdução. 2) A conceituação do dano moral. 3) A interpretação da norma tributária. 4) A interpretação doutrinária. 6) Conclusão.

A DISCRIMINAÇÃO DE RENDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A BUSCA DE UM NOVO MODELO FEDERATIVO EM MUNDO MARCADO PELA GLOBALIZAÇÃO DOS MERCADOS

128

Advogado Ernani de Paiva Simões

A alternância constitucional republicana brasileira: As cartas de acentuado poder fiscal dos estados e municípios (1981, 1934, 1946) e as de caráter unitário (1937, 1967/9). Falhas na Carta de 1988: o “excesso de normativismo”. O Direito como ciência de solução de conflitos sociais (Norberto Bobbio), tendo como inaceitável a prisão das normas tanto na escravidão do marxismo, quanto no absenteísmo kelseniano. O fenômeno da globalização é uma realidade impossível de ignorar-se, a menos que nos fechemos em um sistema autárquico como o de CUBA. O Tratado de Assunção subscrito pelo Brasil já importou em renúncia da soberania plena do país, fato ocorrido em Portugal. Tiveram que alterar cláusulas pétreas de sua Constituição para poder inserir-se na Comunidade Européia. A necessidade de restaurar-se equilíbrio federativo, instituindo-se um Modelo fiscal de discriminação de rendas mais adequado à realidade de um estado que tende a transformar-se em República do Mercosul, pelos imperativos da globalização.

FILOSOFIA DO MERCOSUL – UM DESAFIO

140

Ministro Carlos Gerardo González

S.T.J. Província de Formosa - Argentina.

Considerações sobre a filosofia e a política de implantação do Mercosul.

CRIME FALIMENTAR

143

Desembargador Álvaro Mayrink da Costa – TJ/RJ

1) Antecedentes históricos. Generalidades. 2) Evolução histórico-normativa do Direito pátrio. 3) Objetividade Jurídica. 4) Sujeito ativo e passivo. 5) Elemento objetivo do tipo. 6) Elementos subjetivos do tipo a) Teoria da Falência-crime. b) Teoria da dupla presunção legal. c) Teoria da falência-condição. 7) Tipos falimentares dolosos e negligentes. 8) Pena e ação penal. 9) Questões processuais. A prescrição do crime falimentar.

**O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL**

184

Professor Uadi Lammêgo Bulos

1) Colocação da matéria. 2) Livre Convicção judicial 3) a intuição do Juiz é suficiente para tudo? 4) O que são garantias constitucionais do Processo Penal. 5) Garantias constitucionais do Processo Penal e livre convicção judicial. 6) Devido processo legal e livre convicção dos juízes. 7) Quais os parâmetros para se aferir a livre convicção judicial em face da Lei nº 9.807/99. 8) Declarações de pessoas encapuzadas podem servir de base para a formação da convicção incriminatória? 9) Como fica o respeito ao princípio do contraditório perante o ato de delação do comparsa, previsto na Lei nº 9.807/99? 10) De que forma podemos encarar o princípio da confiabilidade ética quanto à delação de um crime? 13) Conclusão.

**EFICÁCIA PROVISÓRIA E DEFINITIVA DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS**

199

Professor Ives Gandra da Silva Martins

Referendo e plebiscito, como exercício da soberania popular. A autorização prévia do Congresso e o referendo como autorização posterior (inc. XX do art. nº 5 da CF), não obstante, definir-se o referendo no art. 14, como sendo exercício da soberania popular.

O PROCESSO COMO INSTRUMENTAL DE CIDADANIA

208

Advogado Durval Pimenta de Castro Filho

Introdução. Desenvolvimento. Conclusão.

OS TRÊS ANOS DA REVISTA DA EMERJ

218

Desembargador Décio Xavier Gama - TJ/RJ

A UNIVERSIDADE: COMPROMISSO COM A EXCELÊNCIA E INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO*

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. SAUDAÇÃO

Ao comparecer a esta Casa, que presta homenagem e serviços à educação em nosso País, para proferir esta “Aula Magna” na inauguração do seu novo *campus* universitário, nesta bela e histórica cidade do Recife, além de agradecer o honroso convite e saudar a presença de tantas pessoas gradas, desejo assinalar, antes de mais nada, o quanto me envaidece aqui estar, neste estado de tão profundas e ricas tradições, notadamente no plano cultural, de que é exemplo esse admirável **Gilberto Freire**, cujo centenário de nascimento o País, orgulhoso, comemora nesta semana e cuja obra tanto tem a ver com a formação da cultura brasileira.

Como educador e aprendiz, e sob tais sentimentos e emoções, sinto-me em casa, neste convívio agradável e estimulante com a Universidade pernambucana, com o universitário que a frequenta e justifica e com os seus prestigiosos e qualificados docentes.

2. O SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO E A EVOLUÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO PAÍS

Após citar **Alceu Amoroso Lima**, para quem “a Universidade tem suas raízes na própria natureza dos homens e das coisas”, aduzia, em 1977, o Professor **Marco Maciel**, atualmente Vice-Presidente da República, que a evolução da cultura é fenômeno resultante da própria evolução dos grupos sociais, impondo-se o sistema universitário como instrumento adequado à elaboração e difusão de conhecimentos e técnicas que as sociedades exigem para a realização de seus objetivos¹.

* Aula Magna proferida no Recife, em 13.03.00, por ocasião da inauguração do *campus* da Universidade de Pernambuco.

¹. “A Universidade e o aperfeiçoamento democrático”, in **As grandes diretrizes da Universidade brasileira**, UFMG, 1977.

No caso brasileiro, porém, segundo **Anísio Teixeira** há de atentar-se para a circunstância de que

*“a descoberta da América pelos europeus, nos fins do século quinze, deu lugar a uma transplantação da cultura européia para este Continente. Tal empreendimento constituiu, porém, uma aventura impregnada de duplicidade. Proclamavam os europeus aqui chegarem para expandir nestas plagas o cristianismo, mas, na realidade, movia-os o propósito de exploração e fortuna. A história do período colonial é a história desses dois objetivos a se ajudarem mutuamente na tarefa real e não confessada da espoliação continental”*².

A vida do recém-descoberto Continente foi, assim, aduziu o saudoso educador, justificadamente um dos ícones da educação no Brasil, “desde o começo, marcada por essa duplicidade fundamental: jesuítas e bandeirantes; fé e império, religião e ouro”.

Na mesma linha, observa também o Prof. **Belém Teixeira**, nos anos cinquenta, que

*“os problemas educacionais brasileiros não são de natureza apenas pedagógica, mas implicam a participação de todos os grandes complexos culturais que estão na base de nossa formação: são igualmente históricos, econômicos e políticos e cada uma dessas perspectivas deve ser considerada detidamente, referida ao conjunto, se quisermos iluminar, com a verdade, a face do problema pedagógico”*³.

Neste contexto, chegou a educação até nós.

Com avanços e retrocessos tem sido a evolução do nosso sistema educacional. E não tem sido diferente em relação ao ensino superior, que no País se implantou com atraso bem maior e de forma marcadamente lenta.

Embora a Universidade de Bolonha, a mais antiga de quantas se conhece, já conte com mais de 900 (novecentos) anos, a experiência univer-

² “Valores proclamados e reais nas instituições escolares brasileiras”, in **Educação no Brasil – textos selecionados**, MEC, 1976.

³ *Apud* José Israel Vargas, **Universidade, ciência e educação**, UFMG, 1988.

sitária brasileira ainda é muito jovem. E ainda estamos a formular o modelo que mais se adapte às nossas origens, ao nosso meio, à nossa cultura e às necessidades da nossa gente.

Durante o período de Colônia, muitas eram as restrições da Corte portuguesa a entrar o nosso desenvolvimento na área educacional. Não se estimulava o ensino profissional e nem o surgimento de escolas e instituições culturais.

No Império e na Primeira República, por sua vez, sem embargo do surgimento das nossas primeiras escolas de cunho profissionalizante, a exemplo das Escolas de Direito, Engenharia e Medicina, e não obstante o valor cultural das missões estrangeiras que aqui chegaram, trazendo cientistas e artistas, pequena, na realidade, foi a contribuição para a formação de um modelo cultural brasileiro.

A pesquisa científica e social e o estreitamento de vínculo do ensino superior com o sistema educacional somente tiveram início com a criação das nossas primeiras Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras.

A reforma universitária e o crescimento numérico do sistema de ensino superior marcaram, segundo os especialistas, a década de sessenta, evolução que teve sequência com a adoção de um novo modelo, decorrente da criação da Universidade de Brasília.

Nessa fase, expandiu-se também o setor privado do ensino superior, mas sempre com a assistência pública. E optou-se pelo modelo norte-americano, calcado em “ensino, pesquisa e extensão”.

Na década seguinte, surgiram os cursos de pós-graduação, tendo sido incentivadas as atividades ligadas ao desenvolvimento científico e tecnológico, sendo de notar-se que atualmente há um novo surto de valorização e acesso aos cursos de doutorado, mestrado e especialização, à pós-graduação *lato sensu*.

A todos esses fatores, acresça-se a circunstância de o País, a partir de 1964, ter imergido em um regime ditatorial, em manifesto prejuízo no campo das liberdades públicas e individuais, sabidamente nocivo ao avanço da cultura.

Em síntese, poder-se-ia dizer com o ilustre Prof. **Cavalcanti de Albuquerque** que a implantação do ensino superior no Brasil

“foi e tem sido uma luta, uma conquista social: o ensino superior tem sido apresentado e visualizado, em primeiro lugar, como uma

esperança de afirmação cultural; em segundo lugar, como uma das alternativas para o país superar dependências em relação ao exterior e como opção para as regiões e os estados superarem atrasos relativos. E, em terceiro lugar, é ele considerado via de desenvolvimento econômico e social, pois através do ensino superior se pode elevar a produtividade da mão de obra, diversificar a qualificação profissional, fomentar a inovação em todos os sentidos e, principalmente, distribuir a renda e os benefícios do crescimento”⁴.

3. A POSTURA DO EDUCADOR E DO UNIVERSITÁRIO

Não se nega que muito se tem feito pela educação no Brasil. Estatísticas recentes, noticiando o incremento da permanência do escolar em sala de aula, são motivo de satisfação. O acesso à Universidade sem dúvida aumentou. Daqui mesmo, de Recife, quantas vocações não precisavam se encaminhar a Coimbra para adquirir o grau universitário, antes da criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil. Hoje, praticamente não há quem deixe de estudar por falta de oportunidades. Há dificuldades e sacrifícios, sim. Mas estes fazem parte da existência.

Igualmente certo é, no entanto, que, se muito tem feito pela educação no Brasil, muito ainda resta por fazer.

O salto quantitativo é mensurável pelos dados estatísticos. O salto qualitativo, entretanto, está vinculado ao esforço de cada um. Todos estamos sendo conclamados a esse esforço nacional voltado ao aprimoramento do aprendizado.

E talvez melhor fosse dizer aprendizado, em lugar de ensino, considerando que a cada dia mais se fortalece a certeza de que mais que transmissão de conhecimentos o que efetivamente há é um empenho concentrado no aprender.

Aprende-se de muitas formas. Hoje, a disseminação das informações e a possibilidade de comunicação a tempo real faz descortinar um universo de conhecimento a que nossos antepassados nunca tiveram acesso. Basta um computador pessoal e uma senha para a navegação na *internet*, até com dispensa dos provedores. Bancos de dados, empresas e outros organismos disponibilizam essa vasta rede mundial de informações a qualquer interessado.

⁴ “A inserção da Universidade na realidade brasileira”, UFMG, 1977.

Diante desse potencial enorme de informações, seria até de indagar-se se faz sentido destacarem-se aulas prelecionais, expositivas e tradicionais quando a fonte do conhecimento está disponibilizada a qualquer pessoa dotada de um mínimo de curiosidade.

Há, em suma, de se repensar o papel do educador. A transmissão dele reclamada já não se centra no repositório do conhecimento técnico, senão na experiência de vida. O educador há de ser sobretudo um estimulador, para que o estudante saiba não só se valer do conteúdo de informações postas à sua disposição, mas também selecionar dentre elas as mais úteis, uma vez que a multiplicação de informações, como se tem alertado, pode até ser prejudicial à inexperiência da juventude.

Muito mais importante, ainda, será a capacidade de o educador transmitir emoção e caráter. Essa, a sua missão primeira e mais relevante, quando se sabe que a estrutura do nosso conhecimento clássico está alicerçada na razão. Nós, os educadores, em regra, somos formados e continuamos fiéis aos esquemas do racionalismo. Precisamos descobrir, agora, a “epistemologia da existência”, o existir como condição para ver o mundo, que inclui, em primeiro lugar, a emoção, a cultura do coração. Porque se a razão reduz a força de descobrir, é a emoção que nos leva a ser originais.

O cultivo da emoção é um trabalho conjunto dos estudantes e dos mestres. Estes dependem da empatia dos alunos para uma entrega plena à tarefa de aprender junto, que é aquilo em que consiste o magistério universitário, quando se sabe que a Universidade é o lugar da proposição do novo, a instância de onde poderá provir a alternativa mais adequada ao tratamento das grandes questões que nos motivam, e inquietam. Nessa linha, aliás, como assinalado pela Professora **Clélia Capanema**, a ênfase dada na “Declaração Mundial sobre o Ensino Superior para o Século XXI”, síntese da “Conferência Mundial”, realizada de 5 a 9 de outubro de 1998, em Paris, sob o patrocínio da Unesco, a pregar investimento na qualidade do ensino e na geração de conhecimentos novos⁵.

⁵. Já no seu preâmbulo, essa “Declaração” além de ressaltar o direito de todos à educação, com suporte inclusive na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”(art. 26), destacar os valores da ética e do rigor científico e intelectual e recomendar que os estabelecimentos de ensino superior deveriam definir sua missão em conformidade com as necessidades presentes e futuras da sociedade, assinala a demanda atual, sem precedente, no domínio do ensino superior, a desempenhar papel vital no desenvolvimento sociocultural e econômico no século XXI (www.unesco.org/education/).

Há um mundo aberto à transformação. O Brasil precisa retomar o ritmo do seu desenvolvimento educacional, para colocar-se ao lado das grandes civilizações. E dispõe de todos os requisitos essenciais a esse projeto: população jovem e criativa; tradição de solidariedade; uma língua comum. A diversidade a inspirar a convivência de muitas etnias, todas harmonicamente na partilha do mesmo solo fértil, generoso e extenso. Nação alguma do mundo ostenta biodiversidade como a nossa, e tantos mananciais de água, extraordinária riqueza natural.

Esse, o caminho a ser trilhado agora pela Universidade brasileira. A quantidade está sendo atingida, embora ainda admita maior crescimento, pois a oferta precisa acompanhar a demanda por educação. A qualidade, todavia, depende do empenho pessoal de cada educador e de cada estudante.

Daí as colocações hauridas na lucidez de **José Renato Nalini**, educador dos mais talentosos sob a ótica da contemporaneidade, ao dizer sobre o que se exige do educador e do universitário brasileiros.

O que se reclama do primeiro?

Paixão pelo processo educacional, pois não se consegue fazer entender aquele que encara a missão de ensinar como algo burocrático, despido de entusiasmo, transmissão formal de algumas verdades estabelecidas, desempenho de emprego ou mera forma de subsistência.

Renovação permanente, dado que a atualização é a regra de ouro para o educador, que precisa manter acesa e com a mesma intensidade, a chama de educar. Tornar cada aula a mais interessante, a mais atraente, a mais apaixonante possível.

Consciência de forja, quando se sabe que o educador não é intelectual socialmente descomprometido, mas à sua responsabilidade é confiado o mais valioso capital brasileiro: o futuro da juventude. Juventude que precisa ser forjada ao exercício da cidadania com dignidade.

Cidadania é o direito a ter direitos, na clássica lição de **Hannah Arendt**. Caráter é o espelho da grandeza do homem. Integra um sistema de valores que agrega a lealdade, o compromisso, a ajuda mútua, o companheirismo, a confiança, a inteireza de propósitos, no dizer de **Gaudêncio Torquato**.

É reforçando o caráter que se prepara a Nação para o enfrentamento da globalização. Nações mais ricas e desenvolvidas não conseguem debelar a violência que se propaga nas escolas, ceifando vidas e impregnando jovens cada vez mais novos. O Brasil tem condições de mostrar uma vida

estudantil em que o companheirismo, o esporte, os torneios cívicos e as maratonas, as gincanas e os bailes, ocupem com vantagem esse lugar trágico da violência gratuita.

Outros países não conseguiram superar as barreiras raciais e os conflitos persistem qual chaga insuscetível de cicatrização. O Brasil tem condições de ensinar ao mundo que a diferença torna mais atraente o convívio e que a miscigenação é uma receita deliciosa.

A mocidade, desperta para uma participação ativa na resolução dos problemas brasileiros, não encontrará óbices ao exercício de uma criatividade conseqüente. Todos irmanados, encontrarão o justo equilíbrio entre a competitividade e a partilha, entre a auto-realização e o estímulo ao crescimento alheio, entre o desenvolvimento sustentado e a preservação do patrimônio ambiental.

A riqueza interior do brasileiro reflete-se em sua música, em sua poesia, em sua alegria e em sua criatividade, valores incomensuráveis no mundo contemporâneo. Basta verificar a transmigração das grandes fortunas nas últimas décadas. Deixaram a produção material e encontraram pouso naqueles que criaram alternativas novas no mundo das comunicações. Neste ponto, o brasileiro encontra alternativas que os mais racionais, de intelecto fabricado ao sabor das velhas concepções, não chegam a vislumbrar.

E o que se espera do universitário?

Consciência universitária, uma vez que a parcela dos privilegiados que alcança os bancos da Universidade tem um compromisso com aqueles que ficaram à beira do caminho.

É saudável compenetrar-se de que de cada um de nós muito se espera, pois a cada um de nós, muito foi confiado, em sofrimento, recursos e esperanças.

Participação, na medida em que a Pátria é uma construção diuturna, a cada dia subtraída pelas defecções, omissões, descaso ou desalento, mas também das ações positivas individuais e coletivas. Cada gesto positivo acrescenta um saldo à sua edificação.

Cobrança, porque o envolvimento em um projeto nacional legitima o estudante a cobrar de seus dirigentes uma postura compatível com as exigências da nacionalidade.

Hoje é mais fácil cobrar dos homens públicos a fidelidade aos seus compromissos. Todos têm acesso ao *e-mail*, gratuito e disponível, e as mensagens desses formadores de opinião calam fundo dentre os que diariamente

cronometram o consentimento da população às suas condutas. A seção de cartas ao leitor dos principais jornais, a utilização de abaixo-assinados, os telegramas, as mensagens individuais, fazem pensar melhor o legislador, o detentor de cargo executivo e até mesmo o juiz.

4. OS OBJETIVOS DA UNIVERSIDADE

O Prof. **Caio Tácito**, em conferência proferida em Minas Gerais, nos anos setenta, após destacar que em todos os tempos nunca foi a Universidade apenas um organismo voltado à formação profissional de nível superior, missão imediata e quotidiana porque dela depende basicamente o acesso a um estágio superior da sociedade, alertou para o papel essencial das elites universitárias na revisão e difusão dos valores culturais. E assim esquematizou suas quatro finalidades fundamentais:

- “a) a prestação do ensino superior, visando a oferecer as habilitações legais necessárias ao exercício das profissões;*
- b) a pesquisa científica com o duplo objetivo de integração no processo didático e ainda de busca e domínio do conhecimento científico (ciência pura);*
- c) a prestação de serviços à comunidade e às atividades produtivas (ciência aplicada);*
- d) a formação de elites dirigentes e a avaliação dos problemas nacionais e regionais, através da difusão e ampliação da cultura⁶⁷”.*

5. A MISSÃO E OS COMPROMISSOS DA UNIVERSIDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

As comemorações alusivas aos quinhentos anos do nosso descobrimento, assim como as transformações decorrentes da mudança de século e milênio, estão a induzir-nos a uma reflexão mais aprofundada a propósito do mundo em que vivemos, do estágio atual da civilização humana, das instituições que nos governam e dos valores que nos regem.

Vive-se uma nova era, em uma sociedade competitiva, exigente e veloz, de mudanças significativas, talvez por isso mesmo geradora de crises que se multiplicam: crises de governo, de Estado, de segurança, de habitação, saúde, moralidade, educação. Aí estão as guerras, a violência, a fome, o

⁶ “A estrutura da Universidade e as exigências do meio brasileiro”, UFMG, 1977.

desemprego, a miséria, as drogas, o analfabetismo, a infância desprotegida e outros males que estão a povoar o nosso cotidiano. Mas, paralelamente a tais indicadores, vive-se também um mundo sem precedentes em termos de conquistas científicas e tecnológicas. A espantar-nos, pelos seus avanços, temos o *laser*, o DNA, a engenharia genética, as pílulas do homem e da mulher, a informática e seus computadores, os satélites artificiais, o rádio, a televisão e os variados aparelhos eletrônicos de última geração, os meios de comunicação e de transporte cada vez mais eficientes, rápidos e seguros.

É um formidável mundo novo, muito mais sedutor que o idealizado por **Huxley** e bem diferente do descrito pelos profetas da futurologia, um mundo construído pelos gênios e milhares de anônimos, pelos que lutam pelos direitos fundamentais da cidadania, pelos direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração. Os primeiros, de resistência às agressões do Estado-Poder, direitos à liberdade. Os segundos, de cunho predominantemente social, igualitário, para exigir prestações positivas do Estado-Governo, dentre os quais o direito à educação.⁷ Os terceiros, direitos a uma melhor qualidade de vida, ao meio-ambiente saudável, ao direito de ser feliz.

Nesta moldura, de carências e conquistas, cabe à educação, e sobretudo à Universidade, como ponto culminante da pirâmide do sistema dos seus valores, indicar os rumos da transformação social e do progresso da civilização, quando se recorda que o sistema educacional de um povo é o reflexo mais nítido do estágio histórico em que vive a comunidade, espelhando o ideal de homem projetado por essa sociedade.

Se quisermos, e este é o apelo que nos desafia, juntos poderemos realizar este que, mais que uma utopia, é o sonho de todos nós: um mundo sem tantas desigualdades sociais e agressões, um mundo de paz, mais justo, solidário e feliz.

Sendo a Universidade a instância do novo, o centro de cultura por excelência e a alavanca para o desenvolvimento, mais do que qualquer instituição é ela o instrumento maior para a transformação da sociedade e a construção desse novo mundo.

⁷ Como registrou com aguda percepção a Professora **Mônica Jacqueline Sifuentes**, em tese acadêmica, recorrendo à idéia matriz da “paidéia” grega, “o direito à educação passou a ser mensurado como um valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana, itens essenciais ao Estado democrático de Direito”.

Daí a razão para acreditarmos que esta Universidade, ao instalar o seu novo *campus* neste fecundo e denso relicário cultural que é o Recife, berço de tantos fatos históricos e heróicos da gente brasileira, além das suas aspirações de crescimento quantitativo, acolha em seu ideário também o compromisso com a excelência do ensino superior no País e com a transformação da sociedade brasileira.

Que Deus a ilumine nessa direção. ◆

TIPOLOGIA DOS MODOS DE “TRATAMENTO” DOS CONFLITOS *

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador TJ/RJ e Professor

O conflito de interesses é um processo inafastável da vida social. Ele está presente em todo o universo da vida de relação, muitas vezes - a maioria, ainda bem - em estado latente.

Os especialistas distinguem dois grandes modos de composição de conflitos de interesses: o primeiro, é a negociação direta entre as partes conflitantes; o segundo, é a mediação, em sentido amplo. A negociação direta é o modo que realiza, com maior grau de satisfação para as partes desavindas, a “solução”, tipo ideal dificilmente alcançável, do choque de interesses. A “composição” do conflito, no caso, costuma ser permanente, por vezes desaparecendo o quadro que a motivou.

Impossível a negociação direta, intervêm as várias formas de mediação (em sentido amplo) que se manifestam pela intervenção de terceiros no “tratamento” (conceito preferido por grande parte dos especialistas) dos conflitos. A mediação, em sentido amplo, divide-se em mediação em sentido estrito, arbitragem (ou arbitramento) e intervenção do aparelho estatal, judicial ou administrativo. Trata-se de três tipos-padrão, que podem apresentar modos combinados, na execução prática.

Na mediação (sentido estrito) um terceiro intervém como agente provocador de acordo (um catalisador, para usar a imagem da química), conduzindo as partes desavindas a uma composição de seus interesses e, finalmente, a um acordo que elimina os aspectos agudos do conflito. O processo é também denominado de “conciliação” e, com esse rótulo, usado na vida judicial.

No arbitramento, ou arbitragem, a participação de terceiro, ou terceiros, é feita de modo diverso. As partes em desacordo compõem-se

* Versão atualizada de trabalho anterior publicado na obra: **Sociologia do Direito**, 16ª edição.

quanto à escolha de um ou mais árbitros, especialistas no assunto sobre o qual divergem elas, e comprometem-se a aceitar a decisão que tais árbitros tomarem. A intervenção de terceiros, no caso, produz uma *decisão*, e não apenas um acordo. Essa decisão, manifestada no laudo arbitral (que a Lei 9.307, de 23.09.96, denomina sentença arbitral), é definitiva, em alguns países, ou depende, para sua obrigatória observância, de homologação judicial, em outros.

O outro modo de intervenção de terceiros é a submissão do litígio ao aparelho estatal, que pode ser a chamada “máquina administrativa” ou o aparelho judicial. Aqui, intervém o Estado para produzir uma decisão que componha, mais do que solucione, o conflito de interesses. Nessa intervenção, que é realizada no processo judicial ou nos procedimentos administrativos específicos, podem ser utilizados, como elementos instrumentais, os modos já referidos da mediação (ou conciliação) e do arbitramento (ou arbitragem). Tudo termina, porém, na decisão que dirime a controvérsia, ou homologa algum acordo a respeito.

Nestes tempos de globalização, ganha vulto o uso dos modos não judiciais de tratamento de conflitos, como consequência de novas realidades econômicas, políticas e mesmo jurídicas. Essa é uma das faces do novo mundo em que atuará o Direito, com o aparecimento de novas fontes normativas com força condicionante dos comportamentos sociais.

É, contudo, de observar que isso vai ocorrer paralelamente à multiplicação das formas de atuação do Poder Judiciário na sociedade mundial, virtualmente sem fronteiras, do século XXI.⁽¹⁾

O que ficou dito linhas acima dá apenas uma visão global e esquemática da tipologia dos modos de composição de conflitos de interesse. Essa abordagem, foi, portanto, sucinta, e focalizou, como é natural em tais casos, somente parte dos aspectos relevantes do tema. Este exige, pois, aprofundamento com o exame de vários detalhes pertinentes e necessários à compreensão abrangente da matéria.

Observe-se desde logo o que ocorre com a chamada negociação direta entre as partes em conflito, apontada acima como o primeiro grande tipo referido nestas páginas, e sobre o qual foi afirmado que constitui o modo mais satisfatório (em regra geral) do “tratamento” dos conflitos. Ele é o

¹ Esta introdução consta, com diferenças de pouca monta, de artigo publicado no **Jornal do Commercio**, de 19 de novembro de 1997 (Rio de Janeiro).

que tende a produzir resultados mais estáveis e duradouros; é o que mais se aproxima do ideal de “solução” de conflitos, em contraposição a uma simples acomodação de interesses.

Entretanto, ele é precisamente o que oferece a maior dificuldade operacional. Discutirem as partes as suas divergências, identificando-as precisamente e despindo-as da inevitável carga emocional que elas carregam, é um processo complicado. Complicado e cheio de obstáculos, porque a construção do quadro conflitual resulta de todo um mundo de pequenos acontecimentos que formam opiniões favoráveis e desfavoráveis em relação a cada um dos seus problemas, criando um todo de resistências as concessões inevitáveis em um processo de negociação e para a obtenção eventual de um acordo.

Esse acordo é, portanto, sempre o produto de tais concessões. Abrem-se mão de pontos de vista, de interesses, em troca de outro tanto, na mesma proporção ou não, para fazer cessar a divergência. Cabe advertir, porém, que embora a composição do conflito pela negociação direta seja reconhecida como o tipo mais satisfatório e estável dos aqui apontados, ela não exclui, por seu turno, em muitas situações, a manutenção do conflito em estado latente, pronto a eclodir de forma violenta. O acordo pela negociação direta apenas *tende* a aplinar mais largamente as divergências.

Os outros modos da tipologia inicialmente apontada compõem o segundo grande grupo, em que ocorre *sempre* a presença de terceiros e que são os tipos denominados de mediação em sentido lato, ou amplo, compreendendo a mediação em sentido estrito, a arbitragem e a intervenção do aparelho do Estado, judicial ou administrativa.

⁽²⁾Todos esses tipos foram mencionados no princípio deste estudo em sua forma pura, salientada sua característica fundamental. Eles se apresentam, contudo, muito freqüentemente, de modo misto, isto é, com a presença de mais de uma característica fundamental, ou seja, de forma combinada. O que foi referido como uma tipologia esquemática, simples, adquire assim, quando submetida a uma análise mais detalhada e profunda, feições mais complexas que parecem, mas somente parecem desmentir aquelas definições iniciais.

² Veja-se a propósito:

MIRANDA ROSA, F. A. de - **Sociologia do Direito**, 13ª edição, Zahar Editor, Rio, 1997, pp. 79 e segs.; MIRANDA ROSA, F. A. de (Org.), MISSE, Michel, CERQUEIRA FILHO, Gisálio e LINHARES BARSTED, Leila de A. - **Direito e Conflito Social**, Zahar Editores, Rio, 1980, pp. 59 e segs.

Dessa maneira, lembrando que a mediação em sentido amplo inclui invariavelmente a intervenção de terceiros, que propiciam a composição dos conflitos, ou os acomodam, ou ainda os “solucionam”, a maneira pela qual isso acontece difere bastante.

Veja-se, por exemplo, a mediação em sentido estrito, em que o mediador é apenas um agente catalisador da negociação que se desenvolve, com sua influência e orientação, ou com seus conselhos, entre as partes desavindas. O mediador intervém o tempo todo ou quase sempre, procurando levar os conflitantes a concessões mútuas, esclarecendo, se possível, o alcance real das divergências e de tais concessões, de maneira a reduzir as resistências de lado a lado. O processo é complexo, exige particular habilidade e capacidade de empatia, percepção do grau de influência dos fatores emocionais envolvidos e de influências outras que estejam obstando a composição de interesses.

O resultado, porém, como na negociação direta, é um acordo entre as partes sob a orientação e boa vontade do mediador e não uma decisão deste. Pode ocorrer, é verdade, durante o processo, que o mediador seja convidado a decidir alguma coisa, mas se isso acontecer, o fato não será da essência do processo, que é a obtenção do acordo.

O processo de mediação pode levar à utilização parcial ou não de outros tipos de “tratamento” do conflito. Ele pode se resolver em uma simples negociação direta, cessando a intervenção do mediador; também pode evoluir no sentido de que as partes convenham entre si submeter, no todo ou em parte, suas divergências a arbitragem, o que constitui um acordo preliminar desta. Pode, finalmente, fracassar a mediação estrito senso, transformando o conflito de interesses em litígio que se encaminha ou não para a esfera jurisdicional do Estado. A mediação, portanto, pode ser mera fase preliminar de outros tipos de “tratamento” dos conflitos.

O caso extremo, ou tipo institucionalizado final entre os processos que estão sendo aqui analisados é o da intervenção do aparelho judicial do Estado, já então com o litígio declarado e a propositura de algum procedimento previsto nas leis processuais, perante juízo ou tribunal. O processo judicial, porém, não exclui uma volta atrás, por assim dizer, uma tentativa de minimizar o confronto. A própria lei prevê o esforço preliminar para conciliação entre as partes, funcionando o juiz ou tribunal, ou ainda um “conciliador”, como mediador, no caso principalmente propiciatório dos entendimentos, com pequena ou quase nenhuma intervenção no encaminhamento das con-

cessões recíprocas, sobre as quais o magistrado (se for ele o encaminhador) terá que decidir eventualmente, na ausência de acordo. Também poderão as partes, já proposta a lide, resolver submeter toda a controvérsia, ou apenas parte relevante dela, a um juízo arbitral, o que constituirá uma forma de composição total ou parcial do conflito de interesses, caso em que o juiz poderá suspender o processo para facilitar a adoção daquele remédio.

Caso exemplar dessa mescla dos métodos da intervenção judicial e da mediação em sentido estrito é o consagrado no funcionamento da Justiça do Trabalho, entre nós. Nas audiências dos processos de reclamação trabalhista, em dissídios individuais ou coletivos, a lei exige a tentativa formal da conciliação prévia, que nada mais é que o processo de mediação sob o comando do juiz - e que responde, sabe-se bem, pela grande maioria das “soluções” dos conflitos de interesses entre empregados e empregadores. Esse método está em expansão, pois, adotado em feitos submetidos aos Juizados Especiais e outros que recentes modificações legislativas inseriram nas leis processuais.

Como se vê, mesmo na intervenção judicial os tipos de negociação direta, mediação em sentido lato e estrito, e arbitragem podem intervir, o que salienta a variedade extrema dos modos de composição ou tratamento de conflitos, paralelos ou não ao funcionamento do Judiciário.

Essa tipologia pode ser resumida em um quadro sucinto, como segue:

	Intervenção de Terceiros	Acordo	Decisão	Intervenção do Estado
Negociação Direta	-	+	-	-
Med. Estr.	+	+	-	-
Med. Ampla Arbitragem	+	(±)	+	-
Ap. Estatal	+	(±)	+	+

Exemplo marcante de tipo misto na composição de conflitos é a evolução que levou a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na estrutura do Judiciário brasileiro. O modelo inicialmente adotado foi uma

variação dos Small Claims Courts, aqui denominados Juizados de Pequenas Causas, que foram patrocinados pelo então Ministro Hélio Beltrão, com a colaboração preciosa de João Geraldo Piquet Carneiro. O modelo sofreu diversas modificações no sentido de sua maior funcionalidade e, tudo considerado, foi um passo adiante que influiu fortemente para a eclosão, na Constituição de 1988, dos aludidos Juizados Especiais.⁽³⁾

Estes funcionam com ênfase na conciliação, que corresponde a um modo de mediação dentro do aparelho judicial e responsável pela maior parte das composições de conflitos alcançadas nos mencionados Juizados. A experiência brasileira nesse terreno é nova e vai sendo trabalhada no sentido de seu aperfeiçoamento. Bibliografia preciosa tem aparecido e tudo indica que os Juizados Especiais vieram para ficar, com sua feição mista (quanto a tipologia dos modos de tratamento dos conflitos).

Outro exemplo de mecanismo previsto na Constituição para que funcione a mediação, ou conciliação, de interesses conflitantes, é a Justiça de Paz, velha conhecida das instituições brasileiras desde o Império e sobre a qual escrevi de certa feita um artigo intitulado “A Justiça de Paz: Uma Instituição Desperdiçada”.⁽⁴⁾ Esse trabalho antecedeu mesmo a criação dos Juizados de Pequenas Causas e parece ter tido alguma repercussão, na oportunidade. Foi, também, de algum modo útil quando da elaboração do art. 98, II, da Constituição de 1988, que seguiu rumo peculiar, com a instituição dos Juízes de Paz eleitos, mas de qualquer maneira com uma função declaradamente conciliadora, eliminando-se assim o “desperdício” a que eu aludira.

Como se vê o direito positivo brasileiro prevê e acolhe, com grande amplitude, o recurso aos tipos de tratamento de conflitos, que podem funcionar paralelamente à intervenção característica e clássica do aparelho judicial do Estado. A mediação em todas as suas múltiplas formas e denominações, a arbitragem (ou arbitramento), a facilitação ao entendimento direto entre as partes em desacordo, recebem da lei brasileira não apenas o sinal de trânsito livre, mas até mesmo estímulos reiterados.

Esses estímulos constituem importante favorecimento à obtenção da paz social, de modo a esvaziar a carga de confrontos e desentendimentos e a

³. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, art. 98, I

⁴. MIRANDA ROSA, F. A. de, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ano XX, 1981**, nº 46, pp. 15 e segs.

abrir as portas para a condução mais racional e, portanto, mais inteligente da vida sociocultural. Cabe fazer votos de que medidas cada vez mais objetivas sejam adotadas nessa direção, o que facilitará o enfrentamento eficiente das novas realidades políticas, sociais, jurídicas, econômicas e psicológicas que já são vislumbradas nos estandartes com que o próximo século e o terceiro milênio se aproximam de nós.

Os estudos sobre os caminhos paralelos ao aparelho judicial para o tratamento dos conflitos de interesse, assumiram grandes proporções nos últimos decênios, com as pesquisas internacionais organizadas tendo como coordenador o chamado Centro de Viena da UNESCO, com a participação de grupos de sociólogos do direito e juristas de diversos países, inclusive do Brasil.⁽⁵⁾

Dois grandes grupos de mediadores foram identificados, variando a sua incidência e a sua importância segundo os países em que foram levantados os dados. O primeiro grupo é o dos organismos estatais, não judiciais, que lidam com as divergências ocorrentes na sociedade. Exemplos disso são as entidades que intervêm na composição de litígios ou simples desentendimentos na esfera trabalhista, assim como no mundo dos negócios. Instituições como, entre nós, os conselhos de contribuintes na esfera fazendária, e outros que integram a estrutura administrativa do Estado, têm sido objeto da investigação científica sobre a sua maneira de funcionar e decidir ou simplesmente compor as divergências que interessam à ação estatal.

Há, também, numerosos conselhos ou comissões paraestatais, com função idêntica, segundo a organização dos diversos países em que sejam observados. Esses mediadores podem ser classificados no mencionado primeiro grupo, e sua atividade, em algumas sociedades, tem sido assemelhada, em parte, à do aparelho judicial.

O segundo grande grupo é o das entidades da sociedade civil, como grupos de vizinhança, corporações profissionais (que podem ser entendidas, por vezes, como paraestatais), de que são exemplos, a OAB, os Conselhos de Medicina, de Engenharia, de Psicologia etc. Essas entidades atuam *interna corporis* e em face de interesses externos a elas, o que representa uma atuação muito intensa e bem conhecida.

⁵ MIRANDA ROSA, F. A. de (Org.), MISSE, Michel, CERQUEIRA FILHO Gisálio e LINHARES BARSTED, Leila de A. - **Direito e Conflito Social**, Zahar Editores, Rio, 1980, "Introdução" e "A Importância do Conceito de Mediação para o Estudo das Relações entre o Direito e o Conflito".

Associações de imigrantes, em alguns casos, funcionam como mediadoras ou conciliadoras de divergências entre os nacionais de suas origens, de que é exemplo bem conhecido o caso dos imigrantes espanhóis na Bahia, onde os membros mais prestigiosos da colônia atuam como mediadores freqüentes, o que não é exemplo único.

Organizações protetoras de direitos civis e direitos humanos, entidades protetoras de minorias discriminadas ou não, como as mulheres, e os grupos raciais particularizados, por vezes, por preconceitos e até segregação; instituições religiosas dos diversos credos e principalmente das grandes igrejas, também exercem uma função conciliadora de grande importância entre os seus adeptos e entre estes e terceiros, principalmente na esfera familiar e das relações de vizinhança; o “coronelato” tradicional também funciona assim, em algumas regiões do interior, onde as pessoas gradas exercem esta função quase em caráter paternalista, numa revivescência da época da escravatura.

Associações de moradores, de grande desenvolvimento recente, das quais as existentes em populações faveladas, têm merecido diversos estudos, como o clássico trabalho de Boaventura de Souza Santos,⁽⁶⁾ ocupam importante lugar nesse quadro de mediações informais entre os seus componentes e outras pessoas, inclusive em presença de grupos criminosos organizados que assumem controle paralelo de alguns agrupamentos residenciais.

As muitas instituições preservacionistas da natureza e do meio ambiente podem ser incluídas na relação a que se faz referência aqui, da mesma forma que organizações não governamentais, as chamadas ONGS.

É evidente, assim, a grande amplitude de caminhos, paralelos ao aparelho judicial do Estado, que podem atuar, e efetivamente atuam, no encaminhamento da composição de conflitos de interesses, individuais e/ou grupais (coletivos), na sociedade moderna. A divisão do trabalho social a que já aludia Durkheim chegou, também, ao mundo dos mediadores.

O elenco referido nestas páginas não tem a pretensão de ser exaustivo. É, sobretudo, exemplificativo, com a finalidade de evidenciar a largueza do campo de estudos da matéria, que deve ser objeto para a reflexão dos especialistas em ciências sociais, entre eles, é claro, os juristas. ◆

⁶ SANTOS, Boaventura de Souza - “The Law of the Oppressed: The construction and reproduction of Legality in Pasargada” in **Law and Society Review**, v. 12, nº 1, 1977.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO DO CONSUMIDOR

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador do TJ/RJ

Os direitos básicos do consumidor, que poderíamos chamar também de “garantias e direitos individuais dos consumidores”, previstos no art. 6º, da Lei 8.078/90, estão enumerados da seguinte maneira:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e igualdade de contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (VETADO);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Queremos neste trabalho, respeitados os limites de tempo, estabelecer um paralelo entre o sistema de proteção político e o sistema de proteção econômico dos cidadãos.

Desde as épocas mais remotas que os homens procuram se resguardar da onipotência do Estado através de lutas seculares, cujas origens, nos tempos mais próximos, remontam ao século XIII, quando os barões feudais ingleses obrigaram o rei João Sem Terra a assinar um documento onde se estabeleciam os direitos e deveres de cada grupo, que se convencionou chamar de Magna Carta, de 1215, certamente o embrião das Constituições de todos os povos na atualidade.

Pela primeira vez consubstanciava-se num documento jurídico formal (escrito) a área de atuação do Estado e dos Súditos.

Ultrapassando o que se convencionou chamar “a Longe Noite da Idade Média”, foi no Século XVII, ainda na Inglaterra, a partir das idéias de John Locke, que se assinou um documento mais amplo, com uma concepção científica do processo político, chamado de “Bill of Rights”.

Os ideais de Locke foram transportados para o continente europeu e, aí, encontraram terreno fértil para proliferar, resultando no final do Século XVIII em duas notáveis constituições, sínteses da vitória da burguesia sobre o absolutismo dos Reis, consubstanciado na fórmula de Luiz XIV, “L’état C’est Moi”.

A Constituição Americana de 1776, com Thomaz Jefferson à frente e a Revolução Francesa de 1789, nascida sob os auspícios do Contrato Social de Rousseau, sepultaram de vez o “Ancien Régime”, inaugurando os novos tempos de defesa dos direitos dos cidadãos.

Na **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, que se seguiu, estava escrito com todas as letras: “Os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”.

Estava-se inaugurando o estado democrático alicerçado na doutrina de Montesquieu, de separação de poderes, chamada de freios e contrapesos pelos revolucionários da América.

A Revolução Francesa representa a vitória da burguesia contra a aristocracia dominante, de tal forma que as declarações de direitos não passaram de uma declaração de princípios, assegurando o interesse das classes mais favorecidas e desconhecendo a proteção daqueles que nada tinham, como depois ficou evidente.

O século que se seguiu, foi o século da grande Revolução Industrial, que inaugurou a era da máquina, submetendo o proletariado a um regime de semi-escravidão.

Ninguém melhor do que Charles Chaplin, com seu gênio indiscutível, retratou no cinema o drama do operariado.

Inaugura-se o regime do Liberalismo econômico, Adam Smith à frente, consubstanciado na fórmula do “Laissez Faire, Laissez passer Lasser”.

Prenunciavam-se novos tempos, em que os indivíduos além de se defenderem do gigantismo estatal, definido por Hobbes, como o Leviathã, o monstro Alado, tinham que se defender também de uma outra tirania talvez mais forte, e com toda certeza, muito mais cruel e sibilina.

A constituição de Weimar, promulgada num período sombrio na Alemanha entre duas guerras mundiais, foi a primeira Constituição a se preocupar com o lado social da sociedade politicamente organizada.

A ascensão do nazismo e a 2ª Guerra Mundial, entretanto, adiaram os sonhos dos que elaboraram aquele notável documento legislativo.

Estes só se renovaram em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, criação da Organização das Nações Unidas (ONU), esperança dos povos envolvidos naquele conflito, buscando criar uma paz duradoura já que, em menos de 30 anos o mundo havia se engalfinhado em duas guerras totais, com os resultados desastrosos que todos conhecemos.

Aqueles doces princípios porém, apenas refizeram as esperanças da burguesia revolucionária do Século XVIII e do proletariado revoltoso de 1917 na Rússia.

As grandes transformações econômicas da 2ª metade do Século XX, porém puseram fim a todos os devaneios.

O dismantelamento da União Soviética e a queda do muro de Berlim, em nada contribuíram para o aprimoramento das instituições políticas.

Ao contrário, o fim da União Soviética, que dividia o poder com os Estados Unidos, acabou proporcionando a expansão de um monstro muito maior que o Leviathã - a Globalização, com o seu consectário lógico: a sociedade de massas.

O Liberalismo estava sepultado. O indivíduo passa a ser apenas um número na multidão. As repercussões desse fato no processo político ainda estão se ultimando nesse limiar do Século XXI.

Mas uma coisa é certa, a era romântica do individualismo já terminou.

Há toda uma nova forma de produção, condicionando mentes e comportamentos, levando o ser humano às últimas fronteiras da sua própria resistência.

As legislações de defesa, ou de proteção, dos consumidores nascem como consequência desse processo político-econômico.

Nos Estados Unidos e na Europa a resistência, como é natural, precedeu à nossa.

Mas é uma luta titânica, certamente maior do que aquela mantida através dos séculos pela conquista das liberdades públicas.

E a razão é muito simples: agora trata-se de uma luta sem trincheiras, em que o ser humano é invadido sub-repticiamente pelo engenho da propaganda enganosa, mentirosa, a serviço dos grandes capitais.

Os monopólios e oligopólios têm total domínio sobre as relações de consumo.

Neste contexto de dominação do poder empresarial e da complexidade gerada pela Sociedade de massa, a preservação da liberdade dos homens torna-se um problema maior, com extraordinária repercussão na esfera da defesa do consumidor.

Como diz Josué Rios (**A defesa do consumidor e o direito como instrumento da mobilização social**),

“Examinemos o primeiro aspecto. É característica da sociedade de consumo a decisão unilateral das organizações empresariais a respeito do que fabricam, como fabricam, para quem dirigem a produção, quanto devem lucrar, quais os métodos de venda que devem usar, etc. Da mesma forma, parece impensável administrar a produção em série e a expansão das relações de consumo sem instrumentos uniformizadores de comportamentos, constritivos da liberdade individual.”

Ademais a ideologia dessa forma de produção, envolvendo concentração de capitais e do poder econômico somados à alta tecnologia, não se estrutura como uma obra de arte que suscitasse a admiração de todos.

Tudo se faz para a obtenção de um alvo inexorável - a produção e reprodução ampliada do capital.

Para atingimento desse objetivo tudo se permite, indiferente o Sistema a uma escala de valores éticos ou humanísticos.

A respeito da ânsia de produzir e produzir, típica dessa sociedade opulenta, é oportuno o que diz John Kenneth Galbraith, em obra clássica (**O Novo Estilo Industrial**):

“O indivíduo serve o sistema industrial, não para abastecê-lo com a poupança e o capital dela resultante; ele o serve pelo consumo de seus produtos. Em nenhum outro assunto, religioso, político ou moral, está a comunidade tão elaborada, perita e dispendiosamente instruída. – Especificamente, de modo paralelo à produção de bens, são feitos esforços enérgicos e não menos importantes para garantir o seu uso. Estes esforços enfatizam a saúde, a beleza, a aceitação social, o sucesso sexual – a felicidade em resumo – que resultarão da posse e do uso de um determinado produto. Esta comunicação, combinada diariamente com o esforço em prol de inumeráveis outros produtos, torna-se, no conjunto, um argumento ininterrupto das vantagens de consumo. Por sua vez, inevitavelmente, este fato afeta os valores sociais. O padrão de vida de uma família torna-se o indicador de suas realizações, ajudando a garantir que a produção e, pari passu, o consumo de bens, seja a primeira medida de realização social.”

E, ainda sobre o poderoso instrumental para a “fabricação” das necessidades do consumidor nos valem da elucidativa pena de J. K. Galbraith:

“A ligação ainda mais direta entre a produção e as necessidades é proporcionada pelas instituições da propaganda e do marketing. Estas não podem ser conciliadas com a noção de desejos determinados independentemente, pois sua função primordial é criar desejos – dar corpo a necessidades que não existiam antes(...) O caminho para um aumento da produção deve ser preparado por meio de uma expansão

adequada da verba despendida com a publicidade. As despesas com a fabricação de um produto não são mais importantes, na estratégia da moderna atividade empresarial, do que as despesas destinadas à criação de procura por esse produto”. E enfatiza:
“O custo dessa criação de necessidade é fantástico.”

Na moldura dessas idéias, sucintamente expostas mas com a clareza necessária, estão delineadas as origens do movimento universal em defesa do consumidor oprimido.

A defesa do consumidor no Brasil, como de resto no mundo inteiro, está associada ao processo de industrialização de nosso país que atingiu o seu ápice na década de 70, do “milagre brasileiro”.

A mobilização do Sociedade Civil começou nesta data, mas só em 1985 é que o Governo Federal houve por bem criar o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, com vistas à elaboração de uma política nacional de defesa do consumidor.

No mesmo ano a Lei nº 7.347 foi o primeiro instituto legislativo de defesa do meio ambiente e do consumidor.

Finalmente, em 1988, o Legislador Constituinte contemplou, em vários dispositivos a proteção do Consumidor e, o que é mais importante, depois de estabelecer diversos princípios programáticos, determinou no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional deveria elaborar um Código de Defesa do Consumidor, que veio à luz 2 anos depois, com grandes pressões da opinião pública sobre o parlamento.

A esta altura deve-se indagar, que instrumentos foram colocados à disposição do consumidor para a efetiva defesa de seus interesses? No nosso modo de entender os mais importantes são os seguintes:

Em primeiríssimo lugar a *responsabilidade objetiva*.

A Responsabilidade Civil no nosso país está fundada no artigo 159 do Código Civil, que pressupõe, como todos sabemos, a culpa do responsável pelo dano.

Diz o referido artigo: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A responsabilidade subjetiva foi introduzida no nosso direito codificado num momento de predominância do liberalismo econômico, quando ainda inexistia no nosso país a industrialização em larga escala.

Mas vale notar, para ser fiel à idéia de que a Responsabilidade Civil decorre do ambiente econômico, que antes, em 1912, o Dec. Lei 2.681 já regulamentava a responsabilidade das Estradas de Ferro, introduzindo no nosso direito o que denominam na doutrina presunção de culpa, que só esbarraria no caso fortuito ou na força maior e na culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada, como está previsto no artigo 17 do referido Dec. Lei.

Essa Legislação, com o advento da era do automóvel, foi estendida para todos os meios de transporte, exceto o transporte aéreo que tem disciplina própria.

Mas o que é afinal culpa presumida?

O Prof. Gustavo Tepedino, in **Temas de Direito Civil**, define:

“A despeito de, nessas hipóteses, equivalerem-se os efeitos práticos decorrentes da responsabilidade subjetiva e objetiva, por força, repita-se, de uma interpretação criativa e corajosa da jurisprudência brasileira em tema de presunção de culpa, bem diversa mostra-se a concepção conceitual da responsabilidade objetiva, a qual, surgida nos albores da Revolução Industrial, associa a responsabilidade não ao ato ilícito mas a outra fonte da obrigação, a própria lei.”

De uma maneira geral pode-se dizer que a responsabilidade objetiva é a que nasce da Lei enquanto a responsabilidade subjetiva, clássica, é o que nasce do ato ilícito.

A responsabilidade objetiva está associada à idéia do risco criado pela atividade econômica. Tem um indiscutível fundamento moral.

Ubi emolumentum, ibi onus, como diziam os romanos, numa construção que jamais perdeu a atualidade.

Quer dizer, quem recebe as vantagens do empreendimento deve arcar com os eventuais prejuízos que a sua atividade econômica ocasionar a terceiros.

Nesse diapasão vieram a Lei dos Acidentes de Trabalho, o Código Aeronáutico, os acidentes nucleares e, mais modernamente, o Código de Defesa do Consumidor. Este último ainda excepcionou as hipóteses de danos provenientes das atividades dos profissionais liberais cuja responsabilidade não prescinda da composição do atuar culposos.

Recentemente julgamos na 8ª Câmara Cível um processo extremamente interessante sob a ótica da responsabilidade dos médicos pelo diag-

nóstico e as conseqüências danosas que do fato resultaram para o paciente (Apelação Cível nº 7.588/2000):

“Apelação cível. Serviços médicos. Erro de diagnóstico. Indenização. Responsabilidade dos médicos. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, art. 14, parágrafo 1º. A responsabilidade dos profissionais liberais só se configura diante da demonstração da culpa. Teoria subjetiva da responsabilidade civil. Se a empresa se propõe à prestação de serviços médicos, a apuração da responsabilidade pelos atos dos seus prepostos, quando se trata de prestação de serviços daquela natureza, também se submete à mesma regra. O facultativo que exerce a sua atividade no campo da fisioterapia e reabilitação não tem a qualificação necessária para diagnosticar doença grave e de difícil esclarecimento, especialmente sem a colaboração do paciente. Provimento dos recursos para julgar improcedente o pedido.”

A responsabilidade objetiva que informa o Código de Defesa do Consumidor exige para a sua configuração a existência de três elementos: a conduta, o dano e o nexo causal, devendo-se perquirir sobre as causas de exclusão de responsabilidade, de modo a evitar o que se constituiria na teoria do risco integral.

Outra parte de fundamental importância para a viabilização da proteção do consumidor é o princípio da *inversão do ônus da prova*.

A desigualdade material existente entre o fornecedor e o consumidor final, que hoje ninguém discute, e abstraída a idéia da igualdade formal do início do século, requer essa inversão. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção da Justiça, confirmando o desnível existente entre os contendores.

Como se sabe, no regime do Código de Processo Civil vigia o princípio *actori incumbit probatio*, isto é, ao autor incumbe o ônus de provar o alegado.

Em sede de responsabilidade civil, porém, o princípio sofre atenuações, em razão da evidente inferioridade em que se encontra a vítima do dano por ocasião do acidente.

O assunto, aliás, não é novo no nosso direito. O mestre Aguiar Dias já preconizava essa inversão, tendo em vista as dificuldades naturais que a vítima tem para demonstrar o seu direito.

Mas é no Código de Defesa do Consumidor que o mecanismo foi consagrado, desde que, diz a Lei, estejam presentes a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da vítima.

Essa hipossuficiência, segundo os mais abalizados doutrinadores não deve ser confundida com a miserabilidade jurídica. Hipossuficiência aqui é um plus à vulnerabilidade, decorrente da natural diferença sempre existente entre fornecedor e consumidor.

Outro aspecto importante para a efetiva proteção dos direitos do consumidor foi a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, preconizada pela Política Nacional das Relações de Consumo, na forma do artigo 5º do Código.

De nada valeriam todos esses direitos assegurados pelo artigo 6º da Lei 8.078 se o consumidor não dispusesse de um canal jurisdicional onde pudesse pleitear os seus interesses.

Os Juizados abrigam um grande percentual de pequenas causas que constituem o universo das relações consumistas.

Talvez 70% dos conflitos que surgem por meio das relações entre consumidores e fornecedores são pequenos conflitos sob o aspecto financeiro e seria praticamente impossível postular esses direitos perante a justiça tradicional. Foram os Juizados Especiais que permitiram aos consumidores realizar as suas queixas. Pelo menos no plano individual.

Coincidência ou não as duas legislações foram editadas praticamente na mesma época.

Tanto a Lei nº 8.078, de setembro de 90, quanto a Lei nº 9.099/95, se completaram para melhor viabilizar a prestação jurisdicional nessa área.

A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, área onde também se inserem com grande ênfase os direitos do consumidor.

A Constituição de 1988 dá ao Ministério Público funções de grande interesse social em muitas frentes.

Ao ajuizar ações civis em favor de interesses difusos e coletivos o Ministério Público alarga o acesso à justiça. Por suas mãos parcelas inteiras da população podem ter seus interesses tutelados em juízo.

Diz a Prof. Ada Pellegrini Grinover: a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade (art.129, IX). A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-a sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127, da Constituição Federal.

O Des. Kazuo Watanabe também afirma: “Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção de Parquet. Foi a relevância social de tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis.”

A verdade é a seguinte: o juiz não pode, em qualquer hipótese, quando essa questão estiver colocada diante de si, deixar de avaliar o alcance social da pretensão. Constatado esse fato, a legitimidade do Parquet exsurge naturalmente como guardião dos interesse públicos.

Como diz o Prof. Tepedino, a indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, por outro lado, não é obscurecida pela patrimonialidade das pretensões individuais. O que releva é a indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica originária, que serve de base para a demanda comum. Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados interesses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares de ação.

Para concluir vamos tratar de um quinto elemento igualmente precioso para a defesa dos interesses dos consumidores: a possibilidade de *revisão dos contratos* pelo Poder Judiciário e a *declaração de nulidade das cláusulas abusivas*.

Nesse plano também atuamos recentemente em um processo de grande interesse científico, no 4º Grupo de Câmaras Cíveis:

“Toda a cláusula 14ª do contrato firmado entre as partes está eivada de vício de nulidade, de pleno direito, a torná-la ineficaz, à luz do

disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque é uma cláusula abusiva que importa em desequilíbrio contratual, tornando inexistente o elemento sinalagmático, necessário nos contratos bilaterais, uma vez que isenta a contratada de prestar o próprio serviço contratado, qual seja, a prestação de saúde.

.....

Cumpra transcrever, aqui, as palavras dos ilustres juristas TERESA e ARRUDA ALVIM em sua obra **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**.

*“As cláusulas abusivas dão origem a uma situação de desequilíbrio entre as partes, absolutamente repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor, que expressamente reconhece no inciso I do art. 4º a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...). Tais cláusulas, é bom que se tenha em mente, serão sempre nulas, qualquer que seja o tipo de contrato (de adesão ou não). Em casos tais, a nulidade deve ser declarada **ex officio** pelo juiz em qualquer tempo ou em grau de jurisdição, podendo a competente ação ser ajuizada pelo Ministério Público, a requerimento de qualquer consumidor ou entidade que o represente. Conquanto tais cláusulas sejam sempre nulas, independentemente do tipo de contrato em que sejam inseridas, forçoso é reconhecer que aparecem com muito mais freqüência nos contratos de adesão, já que neste tipo de contrato tem o fornecedor maior liberdade para fixar unilateralmente seu conteúdo, de acordo com sua própria conveniência (...)”*

O Código Civil, no início do século, visava a proteger uma ordem social fundada no individualismo e tendo como pilares nas relações de caráter privado a autonomia de vontade e a propriedade.

Segundo o pensamento dominante, o legislador não deveria se intrometer nos objetivos a serem alcançados pelos indivíduos, limitando-se a garantir a estabilidade dos pactos, de tal maneira que a liberdade dos contratos pudesse se desenvolver liminarmente.

Essa ordem de coisas, própria do Estado liberal, altera-se profundamente no Estado Intervencionista do Século XX onde as atenções estão voltadas muito mais para o social do que para os interesses meramente privados.

Nessa concepção de Estado o que releva prestigiar é que a função social que os institutos privados devem cumprir, sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana e a resolução das desigualdades culturais e materiais.

O legislador aqui está preocupado com os efeitos perversos gerados pela igualdade formal que acabam por consagrar o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca, embora sob o rótulo de acabar com os privilégios.

Nesse plano de idéias, o princípio milenar do *pacta sunt servanda* é visto no direito do consumidor de forma “mitigada”. Nessa área o que prevalece é o princípio de integração, “salvo se decorrer ônus excessivo para qualquer das partes”, como está dito no § 2º, do artigo 51, da Lei 8.078.

Trata-se, portanto, de salvar o contrato, priorizando, sempre que possível, a proteção do consumidor.

Aliás o CDC permite, de forma expressa, no campo econômico, a modificação ou mesmo a revisão judicial do contrato em caso de prestações desproporcionais (instituto de lesão) ou que venham a se tornar excessivamente onerosos para uma das partes (art. 6º, V).

Na verdade, na área do consumidor, o Código abre campo para admitir a possibilidade do juiz, através da sentença, estipular novas regras, novas cláusulas, fato que constitui verdadeira revolução na teoria dos contratos do Código Civil. ◆

O MEIO AMBIENTE, OS PODERES DO ESTADO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL*

MARIA COLLARES FELIPE DA CONCEIÇÃO
Desembargadora TJ/RJ

1 - PEQUENO RETROSPECTO HISTÓRICO

O homem, principalmente, sofre as conseqüências de seus atos de exploração predatória e poluente.

Após a reunião de Estocolmo, na qual o Brasil reafirmou a sua posição de considerar o uso dos recursos naturais e conseqüente degradação do meio ambiente como um pagamento do “preço do progresso”, sob a alegação de possuírmos “um grande espaço para ser poluído”, instalou-se grande discussão no País. A necessidade de buscar um crescimento econômico acelerado, segundo o consenso das elites brasileiras, levou o governo brasileiro a convidar indústrias poluidoras a se instalarem no Brasil, anunciando em jornais e revistas do primeiro mundo, com o pretexto de dispensar gastos em equipamentos antipoluentes (Viola, 1987).

Para amenizar tal entendimento e suavizar a imagem negativa deixada pelo representante do Brasil foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, pelo Decreto nº 73.030, de 30.10.73 no governo Geisel, (ob. cit, p. 84), ficando vinculada ao Ministério do Interior e chefiada por Paulo Nogueira Neto por um período de 12 anos, até julho de 1986.

Neste período foi consolidada a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) através da Lei nº 6.938, de 31.08.81, alterada pela Lei nº 8.028/90, com base em três pontos:

- preservação
- melhoria e
- recuperação da qualidade ambiental.

* Palestra proferida na EMERJ, no XXI Curso de Iniciação Profissional de Magistrados, para os Juízes aprovados no XXXII Concurso para a Magistratura do Estado.

Ainda neste período, é farta a legislação sobre a proteção ambiental, um emaranhado de leis e resoluções que, por vezes, mostram-se superpostas e conflitantes, quando analisadas detalhadamente.

Enquanto isto, o Estado do Rio de Janeiro adotava as providências que pareciam adequadas e possíveis para a região.

Em 1975, com a fusão dos Estados da Guanabara com o do Rio de Janeiro, foi criada a FEEMA – Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (Decreto-Lei nº 39, de 24.03.75) e, em seguida, no mesmo ano, foi fundada a SERLA – Fundação Superintendência Estadual de Rios e Lagoas.

Posteriormente, em 1986, foi criado o IEF – Instituto Estadual de Florestas, pela Lei nº 1.071, de 18.11.86, implantado pelo Decreto nº 10.893, de 22.12.87. O Decreto nº 11.782, de 28.08.88, transforma o IEF em Fundação, segundo a autorização da Lei nº 1.315 que instituiu a Política Florestal do Estado.

Por sua vez, a SEMA – Secretaria de Estado de Meio Ambiente foi criada apenas em 1987, pelo Decreto nº 9.847 (15.03.87) para formular, coordenar e executar a política estadual de meio ambiente.

Este órgão hoje é denominado Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMADS.

Compõem a SEMADS os órgãos colegiados CECA, CONEMA E FECAM, criados, respectivamente, pelo Dec. nº 09, de 15.03.75, Dec. nº 9.991, de 05.06.87 e Lei nº 1.060, de 10.11.86, alterada esta pela Lei nº 2.575, de 19.06.96.

Hoje todos estes órgãos estão sob reformulação, inclusive recuperando os respectivos acervos e restaurando seus quadro de técnicos, com previsão de realização de concursos públicos para preenchimento dos cargos que se vagaram com a aposentadoria de muitos de seus especialistas.

É certo, porém, que estudos estão sendo realizados objetivando a reorganização da política estadual para as atividades relacionadas ao meio ambiente através de um projeto de modernização administrativa (SEMADS, abril/1998).

Mas este esforço não terá resultado - ou o terá apenas a longo prazo - se não contar com a parceria da coletividade.

2 - A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Esta parceria está assentada na educação ambiental, única forma capaz de sensibilizar a população para colaborar com a proteção do ambiente onde

ela própria vive, considerando “todos os aspectos que compõem a questão ambiental, ou seja, os aspectos políticos, sociais, econômicos, científicos, tecnológicos, éticos, culturais e ecológicos”. (Dias, 1991).

A recente Lei nº 9.795, de 27.04.99 instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, estabelecendo os seus princípios básicos e deverá estar presente em todos os níveis e modalidades do processo educativo, estabelecendo o seu art. 2º que

“A educação ambiental é um componente essencial e permanente na educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.”

O art. 4º desta lei estabelece os princípios básicos de educação ambiental que será articulada sob o “enfoque humanista, holístico, democrático e participativo,” devendo observar a “perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade,” tudo “sob o enfoque da sustentabilidade”.

3 - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Infelizmente, ao mesmo tempo em que o Chefe Máximo do Poder Executivo sanciona uma norma de contextura da Lei nº 9.795/99, pratica a irregularidade de editar medidas provisórias com uma constância inaceitável, tornando estagnado o recente avanço alcançado pela legislação ambiental. Provoca um retrocesso à proteção do ambiente ao premiar os poluidores e beneficiar uma pequena parcela da população, segundo o pronunciamento de ambientalistas através da mídia, concedendo privilégios a proprietários e posseiros de grandes áreas com cobertura de florestas tropicais, com possibilidade de alcançar outras regiões de reconhecida existência de rica biodiversidade.

Isto porque em algumas oportunidades foram editadas medidas provisórias objetivando modificar leis ambientais, cabendo destacar aquelas direcionadas à Lei dos Crimes Ambientais e ao Código Florestal.

Com relação ao último, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 05/2000, substituindo o PL nº 07/1999, alterando significativamente a Lei nº 4.771/65, o chamado Código Florestal. Acreditam os ambientalistas ser esta a pior das leis para a cobertura vegetal do País. Assim concluíram porque ficou evidente que as disposições do projeto

original, se aprovadas como estavam redigidas, poderiam transformar a Floresta Amazônica em pasto e afetariam, inclusive, a Mata Atlântica, que é certamente um bioma bem mais delicado e degradado que a Amazônia.

O CONAMA apresentou uma contribuição - aprovada em 16 de março de 2000 - para a elaboração de Projeto de Lei de Conversão da MP nº 1.956/49, que tratava da alteração do Código Florestal. Desde então, as várias reedições das MPs de nº 1.956, até a última, de nº 54, editada em 21.09.00, mantêm um conteúdo semelhante ao daquela contribuição.

Resta, agora, aguardar a votação do Projeto de Lei, ainda sem previsão de data, e esperar que o Congresso Nacional aprove uma lei que melhor possa proteger os interesses da sociedade, de forma a possibilitar um desenvolvimento sustentável para o Brasil.

4 - A CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL

Além do Ministério Público, através das suas Curadorias de Meio Ambiente, também o Judiciário deve se preparar para enfrentar as lides que forçosamente terão recrudescimento a partir da conscientização do povo.

Para isto urge um estudo específico, multidisciplinar, o que foi registrado em entrevista publicada no Informativo nº 32 da AMAERJ (maio/junho de 1997), quando ficou afirmado que

“o papel do Judiciário na causa ambiental esbarra na interdisciplinaridade, que obriga o Juiz a conhecer outras matérias, além do direito e das ciências sociológicas.”

E por isto, já então era sugerido, publicamente, a criação de uma vara especializada em matéria ambiental.

É preciso lembrar que o homem e seu *habitat* estão intimamente ligados às ciências humanas e sociais, ciências exatas, ciências biológicas, ciências da engenharia, ciência da terra e da inteligência artificial ou tecnológica.

Para enfrentar este desafio é necessário proporcionar a capacitação do magistrado porque a defesa do ambiente não está restrita à aplicação da fria letra da lei. Por isto a importância da continuação das atividades do Fórum permanente para debates acerca das questões ambientais, o que ocorre com o Fórum Permanente para Debates sobre o Direito do Consumidor e do Ambiente, instalado pela EMERJ, em plena atividade, e com sucesso, há mais de um ano. A participação neste Fórum Permanente, com a troca de

informações e de experiência, com certeza tornará possível alcançar, em parte, a capacitação pretendida.

Destaca-se a importância de formar parceria e a troca de informações entre as diversas entidades aqui citadas, sendo que as governamentais, nos três níveis - sempre lembrando o IBAMA -, estão em condições de fornecer os detalhes técnicos de suas respectivas áreas, para dar suporte aos procedimentos legais.

5 - RECURSOS AMBIENTAIS - PRESERVAÇÃO

A preservação dos nossos recursos ambientais é um dos pontos embaixadores da PNMA, a Lei nº 6.938/81, que são

“a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora”(art. 3º, Inciso V).

A preservação importa em proteger contra a destruição, ou qualquer forma de dano ou degradação, um ecossistema, uma área geográfica definida, ou espécies animais e vegetais ameaçadas de extinção, adotando-se as medidas preventivas legalmente necessárias e as medidas de vigilância adequadas. Difere de conservação porque esta permite a utilização racional de um recurso natural qualquer, ou seja, permite o uso e manejo em uma determinada área (**Lima-e-Silva, 1999**).

Mas é importante não esquecer que é mais fácil e mais barato preservar do que recuperar, e ainda possibilitando o crescimento econômico.

Por exemplo, em 1999 o Município do Rio de Janeiro deu início a um projeto em forma de mutirão para recuperação das encostas das favelas da cidade e a Engenharia Florestal encarregada dos trabalhos, Dr^a Dalia Paes, forneceu os custos da obra, apresentando os seguintes valores:

Na implantação R\$ 4.065,00/ha/a

Em manutenção..... R\$ 8.967,00/ha/3

Este custo não significa afirmar que a área atingida estaria recuperada mas apenas que a encosta estará protegida por uma cobertura vegetal, possivelmente capaz de evitar enchentes ou queda de barreiras, sem necessariamente estar recuperado o ecossistema da região. Considerando esta

circunstância, e o fato de que o trabalho de manutenção poderá se estender por muitos anos, com resultado incerto, o custo do projeto torna-se elevado, sendo aconselhável a adoção de medidas preventivas inicialmente referidas.

6 - A COBERTURA VEGETAL E OS RECURSOS HÍDRICOS

O Estado do Rio de Janeiro apresenta, atualmente, o maior índice de destruição da Mata Atlântica. Dados fornecidos pela Organização não Governamental (ONG) S.O.S. Mata Atlântica informam que, na última década, perdeu-se uma área equivalente ao tamanho da Bélgica em nossa cobertura vegetal.

Este fenômeno resulta em graves conseqüências para os nossos recursos hídricos, aumentando os problemas a serem enfrentados pelos órgãos governamentais responsáveis pelo controle ambiental nos próximos anos.

A importância dos recursos hídricos sempre foi uma preocupação mundial e não é possível esquecer que deve ser enfocada, inclusive, pelo seu valor econômico, além de resguardar a sobrevivência dos seres vivos.

Basta verificar a preocupação de José Bonifácio de Andrada e Silva para constatar a inquietação desse grande estudioso dos problemas sociais do Brasil, que almejava o aumento da riqueza nacional através do conhecimento científico.

Desde 1790, ainda em Portugal, defendia a pesca racional da baleia para evitar a cisão da cadeia sucessória desses cetáceos. Em seguida, em 1815, ressaltou a necessidade de preservar as florestas, evitando as conseqüências naturais e sociais do desmatamento, registrando:

“Se a navegação aviventa o comércio e a lavoura, não pode havê-la sem rios, não pode haver rios sem fontes, não há fontes sem chuvas e orvalhos, não há chuvas e orvalhos sem umidade, não há umidade sem matas (...) De mais sem bastante umidade não há prados, sem prados pouco ou nenhum gado e sem gados nenhuma agricultura. Assim tudo está ligado na imensa cadeia do universo e os bárbaros que cortam e quebram seus fuzis pecam contra Deus e a natureza e são os próprios autores de seus males.”(Viola, 1987, p. 32).

Mas é preciso lembrar que cada um de nós é responsável pela preservação e conservação do meio ambiente.

No mundo moderno, todas as atividades humanas, forçosamente, causam um impacto ambiental: precisamos cuidar para que seja o mínimo possível, lembrando o que dispõe o Livro Quarto do Código de Manu, o pai da humanidade (1300 e 800 a.C.):

“qualquer meio de subsistência é bom se não prejudica, ou prejudica o menos possível, os outros seres humanos.” (Código de Hamurabi, EDIPRO, 1994, Série Clássicos, p. 46).

A atividade predatória no Brasil não é moderna. Também foi constatada por José Bonifácio de Andrada e Silva, citado por José Augusto de Pádua ao escrever sobre As Origens da Ecologia Política no Brasil, quando em 1823 registrou que:

“nossas preciosas matas vão desaparecendo vítimas do fogo e do machado da ignorância e do egoísmo; nossos montes e encostas vão-se escalvando diariamente, e com o andar do tempo faltarão as chuvas fecundantes, que favorecem a vegetação e alimentam nossas fontes e rios, sem o que nosso belo Brasil, em menos de dois séculos, ficará reduzido aos páramos e desertos da Líbia.” (Viola, 1987, p. 26).

Urge reverter este quadro, minimizando as consequências das atividades predatórias do homem, preservando para não ter que recuperar, investindo principalmente na educação ambiental para ensinar o exercício da cidadania da restauração da qualidade de vida.

Esta é a nossa obrigação com a atual e futuras gerações e da qual nós, Juízes, não podemos nos furtar porque, por menos que queiramos, somos formadores de opinião.

Nossas decisões muitas vezes reformulam o Direito, provocam a modificação de leis, e, decidindo questões novas, contribuem para a edição de novas leis.

E para alcançar tal objetivo e tornar efetivo o Direito Ambiental, basta fazer cumprir a lei existente. ◆

SOBRE O NOME DA PESSOA HUMANA *

MARIA CELINA BODIN DE MORAES

Professora de Direito Civil da PUC-Rio e Professora-Visitante do Programa de Pós-graduação em Direito Civil da UERJ.

*Proper names are poetry in the raw. Like
all poetry they are untranslatable.*

W. H. Auden

1. INTRODUÇÃO

Para introduzir o atual debate jurídico - doutrinário e jurisprudencial - em torno do nome da pessoa humana, parece-me apropriado aludir aos versos iniciais do poema **Morte e Vida Severina**, de João Cabral de Melo Neto, quando o retirante explica ao leitor quem é e a que vem. Diz ele:

*“- O meu nome é Severino,
não tenho outro de pia.
Como há muitos Severinos,
que é santo de romaria,
deram então de me chamar
Severino da Maria;
como há muitos Severinos
com mães chamadas Maria,
fiquei sendo o da Maria
do finado Zacarias.
Mas isso ainda diz pouco:
há muitos na freguesia,
por causa de um coronel
que se chamou Zacarias
e que foi o mais antigo
senhor desta sesmaria.*

* As linhas gerais deste texto foram redigidas para apresentação oral, no *Fórum Permanente sobre o Direito de Família* da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ, acerca do “Direito ao Nome e seus Efeitos nas Relações Conjugais”, em 28 de agosto de 2000. Para esta publicação foram acrescentadas referências bibliográficas e desenvolvidos alguns aspectos mais controvertidos do tema.

*Como então dizer quem fala
ora a Vossas Senhorias?
Vejamos: é o Severino
da Maria do Zacarias,
lá da serra da Costela,
limites da Paraíba.
Mas isso ainda diz pouco
.....”*

“Isso ainda diz pouco”... e o poema continua, com o retirante buscando encontrar as referências adequadas para se identificar. A pessoa humana tem a necessidade de afirmar sua própria individualidade, distinguindo-se das outras, para ser conhecida por quem é. Através do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros. Sua identificação torna-se possível, mesmo quando ausente.

É essa a dificuldade com que o retirante do poema de João Cabral se defronta. Na impossibilidade de encontrar um sinal distintivo único, um nome que verdadeiramente o individualize, na estrofe final de sua apresentação, ele se identifica como aquele que está ali, presente:

*“Mas, para que me conheçam
melhor Vossas Senhorias
e melhor possam seguir
a história de minha vida,
passo a ser o Severino
que em vossa presença emigra.”*

O nome é o meio geral da linguagem, próprio para indicar qualquer ente, físico ou imaterial; é o substantivo que serve a designar as coisas e as pessoas. Adquire relevo especial, do ponto de vista jurídico, quando serve para individualizar pessoas. Este é justamente o primeiro aspecto a ser evidenciado, isto é, o da importância do nome como o sinal designativo que permite a individualização da pessoa, constituindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade.

2. O NOME COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Sabemos que os direitos da personalidade são aqueles direitos nos quais o bem não se encontra ao externo mas é intrínseco à pessoa; referem-se

aos atributos essenciais desta e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.

Somente ao final do séc. XIX tem início a elaboração, por parte das doutrinas francesa e alemã, com vistas à construção de direitos atinentes à tutela da pessoa humana, de natureza extrapatrimonial, que logo virão a ser considerados como essenciais à esfera de proteção de dignidade e integridade da pessoa, denominando-se-lhes direitos da personalidade. O seu surgimento tardio é devido, possivelmente, à ausência da idéia de “vida privada” na civilização ocidental¹, noção esta que começa a ganhar contornos jurídicos mais nítidos a partir da difusão de artigo, publicado na **Harvard Law Review**, em 1890, intitulado “*The Right to Privacy*”².

A disseminação da categoria tornou-se muito intensa no decorrer do Séc. XX, vindo a incorporar sempre novos conteúdos, desde o seu primeiro reconhecimento legal, pelo Código Civil alemão (BGB), em 1900, com a enunciação dos direitos à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade (§ 823) e a fixação de garantias ao direito de uso do nome (§12)³.

O Código Civil brasileiro, de 1916, ignorou a categoria dos direitos da personalidade, e, em particular, quanto à previsão de um direito ao nome, considerou-se que o nome civil não constituiria um direito pessoal porque

¹ B. BEIGNIER, **Le droit de la personnalité**, Paris, PUF, 1992, p. 8: “(...) *il ne suffit pas de dire que bien des moyens permettent de violer la vie privée, encore faut-il observer que la vie privée est devenue par elle-même, sinon une valeur, du moins un trait de la civilisation contemporaine en Occident*”.

² Este artigo, de autoria de dois então jovens advogados norte-americanos, Samuel Warren e Louis Brandeis foi publicado na **Harvard Law Review** v. IV, n. 5, 1890. Conforme dados coligidos por F. SHAPIRO, “The Most-Cited Law Review Articles”, **California Law Review**, 73, 1985, foi tido como a publicação mais citada em artigos jurídicos americanos. Em relação ao que é dito no texto, ressalve-se, porém, que Warren e Brandeis afirmavam que o direito à privacidade já encontrara alguma expressão na legislação francesa, relativa à imprensa, de 11.05.1868, cujo art. 11 dispunha: “*Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs*” (V. S. WARREN y L. BRANDEIS, **El derecho a la intimidad**, trad. esp. de B. Pendás e P. Baselga, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, p. 61).

³ Segundo H. WESTERMANN, **Código Civil Alemão, parte geral** (1975), trad. bras. de L. D. Furquim, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991, p. 37, “o § 823 cria a esfera indispensável de proteção da pessoa, quando reconhece como bens jurídicos absolutos as realidades importantes para a vida. Ao lado do § 823 também o § 12 protege a pessoa contra quem lhe conteste o *direito* de portar seu nome ou o uso sem autorização. Nessa conformidade o nome não é só um designativo da pessoa mas, também, enquanto protege a esfera privada e o interesse da identidade do indivíduo, direito absoluto da personalidade pertencente ao direito privado”.

“não é exclusivo da pessoa e porque os apelidos de família são suficientes a individualizá-la”⁴.

Na atualidade, o legislador do Projeto de Código Civil⁵ fez constar, dentre os onze artigos que constituem o capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, quatro artigos que se referem, direta ou indiretamente, ao nome da pessoa. O primeiro deles, e o mais importante, é o art. 16 que dispõe: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico”.

Os componentes do nome são o prenome e o que se chamou de patronímico. Embora a doutrina e a jurisprudência utilizassem o termo, com relativa frequência, é a primeira vez que o legislador civil o adota. Isto decorre da tentativa de empregar uma técnica uniforme na matéria⁶. De fato, no Código Civil em vigor, o legislador ora usa a expressão “nome”, significando o nome por inteiro (por exemplo, nos arts. 271, I; 324, 386, 487), ora emprega os termos “nome” e “prenome” (por exemplo, no art. 195, I, II), ora usa “apelidos” (art. 240), ou, ainda “nome” e “sobrenome” (art. 1039)⁷. O mesmo se diga da Lei de Registros Públicos, a qual ora adota o termo “nome” para se referir ao nome completo, ora especifica “prenome” e “nome”, este último com o significado de nome de família.⁹

⁴ C. BEVILAQUA, **Comentários ao Código Civil**, v. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1944, 7. ed., p. 213, segundo o qual o Código Civil brasileiro não destaca o direito ao nome, apesar do exemplo alemão, porque “o nome deve ser compreendido como a designação da personalidade (...). A personalidade é um complexo de direitos, não é *um* direito. Da mesma forma, o nome não pode ser *um* direito, por isso mesmo que designa o núcleo de onde irradiam os direitos”.

⁵ Projeto de Lei nº 634 de 1975, ora Projeto de Lei nº 118, de 1984.

⁶ A solução do Projeto, contudo, não parece adequada, considerando-se o uso costumeiro que se faz no Brasil do termo “patronímico”. Segundo o Aurélio, o termo significa: 1. relativo a pai, especialmente quanto a nomes de família; 2. diz-se do sobrenome derivado do nome do pai ou de um antecessor. De modo que quando o *patronímico* for o da mãe haverá uma ‘contradição em termos’ absolutamente desnecessária já que o termo “sobrenome” o substituiria, com vantagens, porque corresponde no vernáculo a: 1. nome que vem após o primeiro do batismo, ou prenome; 2. nome que é usado posposto ao nome de família; nome, apelido. Acrescente-se a isto o fato de o legislador do Projeto de Código Civil ter se preocupado com a questão, por exemplo, no art. 1º quando substituiu o termo “todo homem” é capaz de direitos e obrigações na ordem civil pelo correlato “toda pessoa”, quando substituiu a clássica expressão “pátrio poder” pelo atual “poder familiar”, ou ainda, e principalmente, quando ao regular o nome de casado, segundo a atual redação do art. 1.565, utilizou exatamente “sobrenome”.

⁷ Recentemente revogado pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996, a chamada lei da arbitragem.

⁸ Assim SERPA LOPES, **Curso de Direito Civil**, v. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, 8. ed. rev. e atual. por J. S. Santa Maria, p. 327.

⁹ Ver arts. 56, 57 e 58 da Lei de Registros Públicos (LRP) e, em particular, no art. 58, com a alteração procedida pela Lei nº 9.708/98, o termo “apelido” foi usado no sentido de “alculha”, e não de “sobrenome”, como sempre havia sido feito na legislação civil.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos – o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica, já ratificado pelo Brasil –, o art. 18 prevê: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um deles. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

Reconhecer-se um “direito ao nome” significa, em primeiro lugar, considerá-lo um elemento da personalidade individual. Nessa medida, o nome não serve apenas para designar a pessoa humana, mas também, e principalmente, para proteger a esfera privada e o interesse da identidade do indivíduo, direito da sua personalidade¹⁰.

A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de **Cornu**, tende a se “integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio”¹¹. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de “humanizar” o filho como sujeito do direito (e do desejo)¹². O ofício primordial da paternidade, sob esta ótica, é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo pela transmissão do seu nome (o patronímico)¹³. Assim é que “nenhuma sociedade deixa à fantasia, ao livre arbítrio dos pais ou do filho, a escolha de sua linhagem, a autorização para subverter as regras da filiação, a escolha do nome”¹⁴. É o nome que conferirá à criança um “lugar” dentro de uma linhagem, oferecendo-lhe, através do direito, o espaço necessário para que ela construa sua estrutura psíquica¹⁵.

¹⁰ Assim, H. WESTERMANN, **Código Civil Alemão, parte geral**, cit., p. 37.

¹¹ G. CORNU, **Introduction**, Paris, 1990 *apud* B. BEIGNIER, **Le droit de la personnalité**, cit., p. 66.

¹² R. MOUGIN-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, in S. ALTOÉ (org.), **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo: Direito e Psicanálise**, Rio de Janeiro: Revinter, 1999, p. 3 e ss.

¹³ *Id.*, *ibidem*. A autora ressalta ainda que “nosso sobrenome nos inscreve dentro de uma ordem e nos situa em relação à nossa linhagem, ele enuncia então um laço, mas produz também interdições de laços – os laços incestuosos.” (p. 6)

¹⁴ R. MOUGIN-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., p. 4.

¹⁵ R. MOUGIN-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., p. 4, citando Pierre Legendre para quem sem este espaço “ele não seria mais do que uma boneca de carne ou de pano (i.é., produto do coito de seus genitores ou de seus farrapos particulares)”. Segundo a Autora, (...) “Pierre Legendre insiste sobre as funções da nominação e das regras genealógicas: produzir diferenciações e permitir a transmissão da vida”.

O direito ao nome compreende as faculdades de usá-lo e defendê-lo¹⁶. Usar o nome consiste em “se fazer chamar por ele”; defendê-lo consubstancia-se no “poder de agir contra quem o usurpe, o empregue de modo a expor a pessoa ao desprezo público, tornando-o ridículo, desprezível ou odioso, ou recuse a chamar o titular por seu nome”¹⁷. Dentre outros fins, reconhece-se ainda o de se opor à tentativa de simular, por meio do uso do nome, relações inexistentes com o portador¹⁸.

O direito ao nome gera, ainda, a prerrogativa de reivindicá-lo quando é negado. A hipótese mais freqüente se manifesta na ação de investigação de paternidade, em que um dos efeitos da vitória é atribuir ao investigador o sobrenome do investigado.

Cuidando dos direitos morais do autor, o art. 24, II da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), assegura ao autor o direito de ter seu nome (ou pseudônimo) ligado à obra¹⁹.

Protege-se, também, o direito ao nome através da vedação a que seja usado para fins de publicidade comercial, sem a autorização do titular. Assim, com efeito, prevê o Projeto de Código Civil²⁰: “Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. Seu uso, porém,

¹⁶ O. GOMES, **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1998, 13. ed. atual. por H. Theodoro Júnior, p. 162.

¹⁷ O. GOMES, **Introdução**, cit., p. 162.

¹⁸ H. WESTERMANN, **Código Civil Alemão, parte geral**, cit., p. 37. A referência, neste caso, mais do que ao direito ao nome, é ao direito à identidade pessoal, sobre o qual v., *infra*, n. 8.

¹⁹ A redação do dispositivo é a seguinte: “direito de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional como sendo o do autor, na utilização da obra”.

²⁰ Segundo os atuais termos do Projeto de Código Civil (Projeto de Lei nº 118, de 1984, que institui o Código Civil), cujo texto foi consolidado pelo Relator-Geral, Deputado Ricardo Fiúza, e que ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional, à espera de votação pela Comissão Especial e pelo Plenário da Câmara dos Deputados, são os seguintes os artigos do capítulo intitulado Direitos da Personalidade (apenas os artigos precedidos de asteriscos serão reapreciados, encontrando-se os demais já aprovados): “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

*Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo

é permitido, em várias hipóteses, independentemente de autorização; assim, por exemplo, nas citações em obras científicas e culturais, e nas críticas literárias, mesmo muito desfavoráveis.

A utilização, por outro lado, será proibida quando servir a expor a pessoa a humilhações, ou quando tiver havido intuito de “achincalhar”. É o que prevê o art. 17 do Projeto de Código Civil: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

Parece oportuno ressaltar que o nome não é protegido em si e per si mas enquanto se encontra indissolivelmente ligado à personalidade do portador. O fato de o nome de alguém não poder vir a ser empregado por outrem somente se o seu uso puder ensejar desprezo público, e não também quando gerar simpatia, por exemplo, indica que o que se protege não é propriamente o nome, mas a pessoa e sua dignidade, que seriam, através do nome, atingidas.

3. SEGUE: COMO DEVER DE IDENTIFICAÇÃO

O segundo aspecto que incumbe salientar diz respeito ao fato de que o nome não configura apenas um direito. Ele é também um dever, o dever que se tem de ser identificado socialmente, cumprindo a função de “sinal distintivo”. Aqui, o que se leva em consideração é a sua função identificadora do indivíduo, não mais em relação a si mesmo, à sua personalidade e dignidade, mas em relação à comunidade em que se encontra inserido e ao Estado.

ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

*Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

**Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

É, então, um “misto de direito e de obrigação”²¹, sem que uma dessas instâncias possa superar a outra: o direito da personalidade deve conviver com o interesse social, intrínseco na idéia de obrigação.

O nome, portanto, é também tutelado como o sinal legal identificador da pessoa, em relação ao mundo exterior, na vida social e no comércio jurídico.

Daí decorre o princípio de imutabilidade do prenome e de alteração excepcional, sempre justificada, do nome de família. O princípio da imutabilidade não é absoluto. Diversas exceções são previstas em lei. Assim, na adoção, pode-se mudar o prenome do adotando²²; também os estrangeiros, quando vão se naturalizar, podem aporuguesá-lo²³; além disto, quando expuser a pessoa que o porta ao ridículo²⁴, caberá a mudança.

Considera-se, comumente, que legislador civil, através da Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998, abriu importante exceção ao princípio da imutabilidade²⁵, ao dar nova redação ao disposto no *caput* do art. 58 da LRP. Originariamente, o *caput* dispunha: “O prenome será imutável”. Hoje estabelece: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”²⁶. Advirta-se, porém, que a previsão do aludido artigo, embora possa servir para atenuar a regra da imutabilidade, responde ao mesmo interesse por ela protegido, isto é, à real correspondência entre o nome que é usado pela pessoa e o nome civil, que se encontra inscrito no registro, de modo a que a identificação da pessoa seja sempre facilitada.

4. A ESCOLHA DO PRENOME E AS CAUSAS LEGAIS DE ALTERAÇÃO

Sendo o prenome a palavra destinada permanentemente a uma pessoa, para distingui-la das demais, sua escolha e atribuição ensejam problemas de natureza diversa.

²¹ SERPA LOPES, **Curso de Direito Civil**, cit., p. 329.

²² V. art. 47, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²³ V. art. 115 da Lei nº 6.815, de 19.08.90.

²⁴ V. art. 55, parágrafo único, da LRP.

²⁵ Assim, entre outros, S. VENOSA, **Direito Civil. Teoria Geral**, São Paulo: Atlas, 1999, 5. ed., p. 149.

²⁶ Pela Lei nº 9.807, de 13.07.1999 (art. 17), o parágrafo único do art. 58 passou a ter a seguinte redação: “A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

A escolha do prenome deve ser feita pelos pais, em respeito ao teor do art. 226, § 5º, da CF (a previsão de igualdade dos cônjuges) c/c o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (i.é, atribuição do pátrio poder a ambos os genitores). Embora a Lei de Registros Públicos incumba ao pai, e apenas em sua ausência à mãe, o dever de proceder à declaração do nascimento do filho (art. 52), a escolha do prenome da criança caberá a ambos os genitores, não havendo mais qualquer justificativa que possa excluir a mãe desta decisão.

Em particular, a escolha do prenome pelos pais foi considerada tão relevante que o legislador do Estatuto permitiu que os adotandos tivessem seus prenomes modificados pelos adotantes. O art. 47, § 5º, do ECA dispõe: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome”.

No Brasil, ao contrário de outros países²⁷, a liberdade de escolha somente é limitada pela proibição de prenomes ridículos ou vexatórios²⁸ – exigência esta, aliás, imprescindível, num país em que a criatividade neste particular parece não ter fim. Assim é que se encontram, com facilidade, pessoas que portam prenomes que causam gozações, brincadeiras vexatórias e insinuações pejorativas, os quais configuram verdadeiras violações à cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana²⁹.

²⁷ Em Portugal, por exemplo, o Código de Registo Civil (Decreto-lei n. 131/95) estabelece uma série de regras sobre a composição do nome. A propósito, dispõe o art. 103 do mencionado Código: “O nome completo deve compor-se, no máximo, de 6 vocábulos gramaticais, simples ou compostos, dos quais só dois podem corresponder ao nome próprio e quatro a apelidos, devendo observar-se, na sua composição as regras seguintes: a) os nomes próprios devem ser portugueses, de entre os constantes da onomástica nacional ou adaptados, gráfica e foneticamente, à língua portuguesa, não devendo suscitar dúvidas sobre o sexo do registando; b) são admitidos os nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se o registando for estrangeiro, houver nascido no estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa; c) são ainda admitidos nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se algum dos progenitores do registando for estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa, d) (...)”.

²⁸ V. LRP, art. 55, parágrafo único.

²⁹ A título exemplificativo, indicam-se os seguintes nomes, registrados em cartórios e alguns já bastante conhecidos: Amin Amou Amado, Antônio Manso Pacífico de Oliveira Sossegado, Deusarina Vênus de Milo, Esparadrapo Clemente de Sá, Fridundino Eulâmpio, Hypotenusa Pereira, Lança Perfume Rodometálico da Silva, Lindulfo Celidônio Calafange de Tefê, Manuelina Terebentina Capitulina de Jesus do Amor Divino, Mijardina Pinto, Naída Navinda Navolta Pereira, Oceano Atlântico Linhares, Primeira Delícia Azevedo, Remédio Amargo. E ainda, os irmãos Epílogo, Verso, Estrofe e Poesia Campos: lista constante do *site jus navigandi*, in www.geocities.com/Paris/1997/3jura.html. A este propósito, v. tb. S. VENOSA, **Direito Civil**, cit., p. 150, nota 2.

Não é só o prenome que pode ser ridículo. A própria combinação do nome pode, gerando cacófatos ou expressões vexatórias, criar o constrangimento que a lei quer evitar³⁰. Evidentemente, também nesses casos, é forçosa a alteração.

Outra situação frequente é a de pessoas do sexo masculino portando nomes femininos e vice-versa. Na jurisprudência, autorizou-se a exclusão do prenome “Geni” de pessoa cujo prenome composto era “Geni Antônio” e a mudança do prenome “Ezequiel”, em pessoa do sexo feminino. Também permitiu-se a alteração de “Aritana” – personagem indígena masculino, que se tornou famoso devido a uma novela de televisão – para “Carla”; mas negou-se a mudança de “Marzene”, apostado a menino, para “Marzane”, sob a alegação de que “o nome Marzane leva à conclusão de nome feminino, enquanto o prenome do menor Marzene não conduz a esta conclusão”³¹.

Embora o art. 56 da Lei de Registros Públicos disponha que o interessado “no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família”, tem se entendido que não é necessário que se aguarde a maioridade para alterar um prenome ridículo³², e que o menor poderá fazê-lo, assistido ou representado. Mesmo para incluir o nome de família materno, a jurisprudência já entendeu não haver necessidade de esperar a maioridade, sob a consideração de que isto acarretará “melhor identificação do interessado”³³. O mesmo se diga acerca do erro ortográfico.

O prazo decadencial referido no art. 56 diz respeito à inclusão ou à supressão de nomes intermediários, dos avós por exemplo, e este pedido de

³⁰ Assim, p. ex., o conhecido caso do descendente japonês chamado “Kumio Tanaka” que passou a se chamar Jorge in **RT** 443/146. V., ainda, **RT** 543/192.

³¹ Respectivamente TJPR, 6ª C.C., Ap. Civ. 75828900, Rel. Juiz Leonardo Lustosa, julg. em 01.12.99; TJPR, 3ª C.C., Ap. Civ. 00000541, Rel. Des. Plínio Cachuba, julg. em 25.09.84 in <http://200.238.137.21> com voto vencido do Des. Francisco Oliveira Filho, segundo o qual “verifica-se, sem dúvida, que o nome Aritana é bastante incomum, contudo, tal fato, por si só, não o torna grotesco a ponto de ridicularizar alguém. Por outro lado, o ridículo de um nome não se afere apenas por reações ou critérios subjetivos do seu portador, mas também, por elementos que permitam identificá-lo no contexto relacional do mundo objetivo. (...) Desta forma, permitir a alteração para Carla seria uma afronta ao bem comum que a lei pretende preservar”; TJSC, 1ª C.C., Ap. Civ. 98.009636, Rel. Des. Trindade dos Santos, julg. em 29.09.98 in <http://tjfolio.tj.sc.gov.br>.

³² Assim, P. L. NOGUEIRA, **Questões Cíveis Controvertidas**, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, 3. ed., p. 84.

³³ **RT** 562/73. V., ainda, S. VENOSA, **Direito Civil**, cit., p. 151.

alteração pode ser imotivado. Após este prazo, qualquer mudança só poderá ser efetuada “por exceção e motivadamente”. Neste sentido, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina permitiu o acréscimo em prenome simples, no caso “Baby”, do prenome “Katheryne”, tornando-o composto, sob o fundamento de que “se a alteração proposta atende a uma aspiração da apelante, resgatando talvez complexo que carregou por toda a juventude, porque visivelmente não lhe agrada o nome “Baby” e se o objetivo da lei é o de propiciar ao interessado, assim que atinja a maioridade, corrigir o que teria sido fruto de mau gosto dos pais, embora nem sempre a alteração se evidencie melhor, defere-se o pedido porque o nome é um atributo da personalidade e não é justo impor a alguém, desde que dentro dos parâmetros legais, continuar com um nome que não lhe agrada”³⁴.

Nesses casos, o princípio que se vê aplicado é o de que “deve, em regra, ser deferida a retificação do nome quando, além de não ser expressamente proibida por lei, melhora a situação social do interessado e não acarreta prejuízo a ninguém”³⁵.

5. O VALOR ATUAL DA REGRA DA IMUTABILIDADE

Na jurisprudência, vem se entendendo que a regra da imutabilidade é de ser abrandada, para se atender ao uso, constante, diuturno, que se faz do nome que se porta, não apenas como o meio de identificação, ou sinal exterior distintivo da pessoa, mas também, e principalmente, considerando o direito da personalidade ao nome.

Neste sentido, importante e inédita decisão foi tomada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de modo a permitir a supressão do sobrenome paterno por filho que, além de jamais o ter usado, foi abandonado pelo pai aos dois anos, e sustentou sentir-se “exposto ao ridículo” ao saber que de seu nome constava o patronímico do pai, “pessoa que não conhece e nunca

³⁴ TJSC, 4ª C.C., Ap. Civ. 51.674, Rel. Des. João José Schaefer, julg. em 31.10.96 in <http://tjfolio.tj.sc.gov.br>, cuja ementa diz “Sem prejuízo dos apelidos de família, é facultado ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade, acrescentar nome a seu prenome, tornando-o composto, desde que haja motivo razoável.”

³⁵ RF 188/188.

viu”³⁶. O ilustre relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, considerou esta uma “motivação suficiente” para a alteração e, após salientar que o que se pretende com o nome civil é “a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade”, citou doutrina segundo a qual “o julgador não deve se entregar ao seu conceito pessoal, mas sim ao exame das razões íntimas e psicológicas do portador do nome, que pode levar vida atormentada, entendimento este que abre grandes possibilidades para uma corrente liberal na alteração de prenomes, apesar da regra da imutabilidade”³⁷.

Saliente-se que, com frequência, se vê nos votos permissivos da alteração de prenome o argumento de que “a alteração permitida não é apenas com relação ao nome em si, suscetível de expor ao ridículo o seu portador, mas ao nome ligado a circunstâncias particulares, nas quais se pode atender ao elemento psicológico do interessado”³⁸. Tem-se usualmente permitido a alteração quando não haja contrariedade ao “espírito” da lei, isto é, quando a mudança se justifica não por mero capricho – entendido este, por exemplo, como o interessado não ‘gostar’ de seu prenome – ou tenha a finalidade de burlar ou prejudicar terceiros.

³⁶ STJ, 3ª T., REsp. 66643/SP, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97 e na *RSTJ* 104/340, cuja ementa diz: “Civil. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação Suficiente. Permissão Legal. Lei 6.015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da Doutrina e da Jurisprudência. Recurso Provido. I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘Lógica do Razoável’ tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.”(v.u.).

³⁷ A referência é a Paulo Lúcio Nogueira, **Questões Cíveis Controvertidas**. Na mesma decisão ressalta ainda que se a jurisprudência, sobretudo estrangeira, vem permitindo a alteração do prenome em caso de transexualidade, “com muito mais razão se autoriza a alteração do nome que, como visto, não guarda a regra fechada da imutabilidade” e finaliza citando Sá Pereira, segundo o qual “soberana não é a lei, mas a vida”. Ainda da jurisprudência do STJ, cabe ressaltar o entendimento expresso no REsp. 101996/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. em 18.05.00, DJ de 14.08.00. Neste caso, a 4ª T. do STJ não conheceu, por unanimidade, de recurso de menor de oito anos, representado por sua mãe, em que se pedia a alteração do registro de nascimento para a supressão do sobrenome paterno de pai que o visitara apenas 2 vezes. Segundo o relator, o nome dado ao menino não o expõe a qualquer tipo de constrangimento e a motivação da mãe “não é nobre, pois vem marcada por claro desejo de punição contra o ex-marido”. O relator afirmou ainda que quando atingir a maioridade civil, aos 21 anos, “o menor poderá melhor avaliar as razões de fundo sentimental ou de continuidade hereditária para, querendo, requerer a alteração de seu nome”.

³⁸ **RT** 291/240. Na **RJTJSP** 134/210, v. interessante decisão, por maioria, em que se admitiu a completa alteração de prenome, de Maria do Socorro para Sarah Regina, de pessoa que sofria de depressão por portar o mesmo nome de uma irmã falecida.

Na jurisprudência brasileira, ainda que por maioria, também já se entendeu que “o princípio da inalterabilidade do nome sofre exceção quando evidente o interesse individual ou a vantagem social”³⁹.

Na doutrina foi-se além ao afirmar que “prenome imutável é aquele que foi posto em uso, embora não constante do registro” e que “para ocorrer a mudança é indispensável o exame concreto de cada caso”⁴⁰. Todavia, os tribunais têm oscilado quando se trata da supressão, em nome composto, de algum ou alguns dos elementos, no caso em que o interessado seja socialmente conhecido por apenas um dos prenomes⁴¹. Assim, se há quem entenda que se pode sempre suprimir os elementos que não estejam em uso⁴², também com frequência se indefere o pedido ao argumento da imutabilidade do prenome e da ausência de exposição ao ridículo, este último visto como requisito para qualquer alteração⁴³.

Verifica-se deste exame, ainda que superficial, das posições doutrinárias e jurisprudenciais, que a regra da imutabilidade do prenome, decorrente diretamente do dever de identificação, vem sendo suavizada⁴⁴. Pode-se perceber, especialmente na jurisprudência, uma tendência no sentido fazê-la

³⁹ Permitindo-se a mudança do nome da requerente de Izildinha para Izilda: TJSC, Ap. Cív. 34175, Rel. Des. Nestor Silveira, publ. DJE de 31.01.94.

⁴⁰ Assim, P. L. Nogueira, *ob. cit.*, p. 87 e S. VENOSA, *ob. cit.*, p. 150. Na jurisprudência, v. os acórdãos referidos em RT 537/75, 534/79, 532/86.

⁴¹ V., de um lado, TJSP, Ac. un. da 3ª C.C., julg. em 05.04.88, Rel. Des. Yussef S. Cahali: “Tratando-se de simples supressão de nome composto – Ricardo Luís – é pacífica a jurisprudência no sentido de sua admissibilidade para que subsista apenas o nome simples pelo qual o peticionário é reconhecidamente identificado e conhecido”. De outro, STJ, 3ª T., REsp. 33855/SP, julg. em 22.11.94, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u.: “O postulante pretende, a um só tempo, suprimir parte do prenome (José) e arredar o patronímico materno (La Porta). Ora, segundo o disposto no art. 58 da citada Lei nº 6.015/73, o prenome é imutável. Enquanto isso, a norma do art. 56 do mesmo diploma legal, conquanto permita ao interessado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil alterar o seu nome, busca em verdade preservar os apelidos de família, conforme deixa patente em seu contexto. (...) Ora, não se justifica a modificação do nome do interessado pelo simples fato de ser ele conhecido profissionalmente só pela forma abreviada”.

⁴² V. RT 507/105 e 507/69.

⁴³ RT 555/83. E também TJSC, 3ª CC., Ap. Cív. 32526, Rel. Des. Wilson Guarany, publ. no DJE de 16.04.90, negando a supressão do 3º e 4º prenomes, “Wendy Wave”, de menor de 2 anos, representada por seu pai, sob o fundamento de que não configurava erro gráfico nem caso de exposição ao ridículo, únicos casos em que é permitida a retificação ou mudança do prenome.

⁴⁴ Neste sentido, v. a alteração ocorrida no direito francês por força da L. n. 93-22, de 08.01.93 que modificou a redação do art. 60 do *Code* de modo a permitir a mudança do prenome, sempre que houver um legítimo interesse para tanto: “*Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé, ou, s'il s'agit d'un incapable, à la requête de son représentant légal. L'adjonction ou la suppression de prénoms peut pareillement être décidée. Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis*”.

cumprir a função de impedir que a pessoa, por malícia, má-fé ou capricho, queira mudar seu nome – fato este que geraria grande confusão no contexto social.

Esta posição, do ponto de vista hermenêutico, justifica-se amplamente porque, na atualidade, o valor supremo do nosso ordenamento jurídico é de ser atribuído à pessoa humana, que se individualiza através do direito de portar um nome que a dignifique. Emblemático, neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu a mudança de prenome (de Cristalina para Catarina), sob o fundamento de que “o sofrimento real da pessoa em portar nome desagradável prejudica o desenvolvimento de sua personalidade e diminui-lhe psicológica e socialmente, o que pode ser medido pela reação na convivência. A moderna compreensão de atributo da personalidade cuida hoje da pessoa, superando a inflexibilidade da doutrina reacionariamente patrimonialista que impedia a troca”⁴⁵.

Há que se evitar, porém, exagero inverso, isto é, a idéia de que o nome da pessoa humana deva ser “mutável”. Isto porque, do ponto de vista psicológico, tem sido acentuado que são as características de imutabilidade e de indisponibilidade do nome que dão à criança, “pessoa em desenvolvimento”, um espaço institucional que simboliza tanto o referencial quanto o limite para a construção de uma estrutura psíquica adequada ⁴⁶.

6. O NOME DECORRENTE DO CASAMENTO E SUA SITUAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO

O Código Civil brasileiro determinava originalmente, no art. 240, que a mulher assumia, pelo casamento, os apelidos do marido⁴⁷.

⁴⁵ RTJRGs 150/643.

⁴⁶ Afirma R. Mougín-Lemerle, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., p.5, “(...) se nós “improvisarmos” muito apressadamente nosso sistema jurídico, que trata da representação do ser humano na sua linhagem, nos arriscaremos a danos subjetivos consideráveis. Nos arriscaremos a desencadear crises de identidade – não no sentido da crise de identidade que atravessa todo adolescente (...) – mas sim crises de humanização, que põem em causa o princípio de humanidade, suscitando ferocidade, violência, confusão.”

⁴⁷ Era a seguinte a redação do art. 240: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. De acordo com C. Bevilacqua, **Comentários ao Código Civil**, v. II, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1945, 7. ed., p. 125, “o fato de esta adquirir o nome do marido não importa em ficar sua personalidade absorvida. Antes de tudo, esta adoção de nome é costume, a que a lei deu guarida, e deve ser compreendido como exprimindo a comunhão de vida, a transfusão das almas dos dois cônjuges”. V., tb., Serpa Lopes, **Curso de Direito Civil**, cit., p. 333, segundo o qual: “Força é ressaltar que o uso do apelido do marido não só traduz um direito como constitui uma obrigação, tanto que a negativa da mulher em usá-lo pode constituir fundamento para o despeito, pela injúria grave assim caracterizada.” Em seguida, tempera: “O princípio não é absoluto. Em outros casos pode-se tolerar a manutenção do nome de solteira, se a mulher tiver firmada sua reputação artística ou comercial com aquele nome e a sua mudança vier a acarretar um prejuízo, caso em que, só para os aludidos efeitos, a jurisprudência tem admitido esse não uso.” Esta posição, claramente anterior à alteração determinada pela Lei do Divórcio, ainda vinha mantida na 8ª

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) deu nova redação ao art. 240 e acrescentou-lhe parágrafo único, dispondo que à mulher cabe a opção, com o casamento, de acrescentar aos seus os apelidos do marido. A mesma Lei fez decorrer da ausência de culpa na separação o direito da mulher de manter, após finda a relação conjugal, o seu nome de casada. Ao contrário, se ficar vencida na ação proposta pelo marido, ou se houver tomado a iniciativa da separação, perderá o direito ao nome de casada, voltando a usar o “nome de solteira” (art. 17, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.515/77).

Através da edição da Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, acrescentou-se parágrafo único ao art. 25 da Lei do Divórcio, com o fim de regular o nome da mulher após o divórcio. Estabelece o mencionado parágrafo que a sentença determinará que a mulher volte a usar “o nome que tinha antes de contrair matrimônio”, a não ser que a alteração prevista acarrete “evidente prejuízo para sua identificação”, “manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida” ou “dano grave reconhecido em decisão judicial”.

A primeira exceção foi estipulada para resguardar a mulher que adquiriu notoriedade com o nome de casada e para quem sua supressão dificultaria sobremaneira a identificação; a segunda exceção foi prevista “no interesse da prole, para evitar situações constrangedoras para os filhos havidos da união dissolvida, diante do fato de portarem os seus genitores diferente nome de família”⁴⁸; na terceira exceção “repete-se o que se contém nos incisos anteriores, porém com um enunciado mais amplo, caracterizado pela generalidade, de modo a atribuir ao juiz um certo poder discricionário na identificação do ‘dano grave’ que legitimaria a continuidade do uso do nome pela divorciada”⁴⁹.

A interpretação que o Superior Tribunal de Justiça vem dando ao dispositivo é a de que se trata de norma cogente, com imediata incidência e, portanto, não ocorrendo motivo que se enquadre nas exceções previstas na norma, deve a mulher, obrigatoriamente, voltar a usar o nome que tinha

⁴⁸ Assim, Y.S. CAHALI, “A Nova Disciplina do Nome da Divorciada”, in **Livro de Estudos Jurídicos**, n. 4, Rio de Janeiro, IEJ, 1992, p. 224.

⁴⁹ Id., *ibidem*.

⁵⁰ STJ, 3ª T, REsp. 57007/RJ, Rel. Min. Costa Leite, julg. em 14.08.95, DJ de 18.12.95, v.u. e REsp.

antes de contrair o matrimônio⁵⁰, não tendo qualquer valia eventual acordo entre os ex-cônjuges a respeito⁵¹.

Na doutrina majoritária acentua-se que a novidade do dispositivo se resume a desvincular a perda do nome do ex-marido da existência de culpa por parte da mulher, determinando, em princípio, que ela volte a se identificar pelo nome com que era conhecida antes do casamento, resguardando-se apenas os casos excepcionais ali previstos⁵².

Recentemente, sustentou-se entendimento diverso, no sentido de que a Lei nº 8.408/92, ao impor a perda do nome de casada, viola o direito à identificação pessoal da mulher, devendo-se questionar a sua constitucionalidade na medida em que “a alteração do seu sobrenome altera necessariamente a sua identificação pessoal, atributo de sua personalidade” e que “com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido”⁵³.

De fato, nessa matéria parece que o legislador seguiu corrente, hoje completamente ultrapassada, que via na natureza jurídica do nome um verdadeiro e próprio direito de propriedade⁵⁴. Pode-se perceber, subjacente,

146549/GO, Rel. Min. Costa Leite, jul. em 21.05.98, DJ de 29.06.98, v.u. Neste último, o relator afirma: “A Lei 8.048/92 [sic] pôs fim a aceso debate a respeito do nome da mulher divorciada, com as modificações que introduziu na Lei do Divórcio. Hoje, a teor do que esta dispõe no parágrafo único do art. 25, tem-se como regra que a mulher não conserva o nome de família do ex-marido”. Saliente-se que, no caso, tanto a sentença do Juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Goiânia quanto o acórdão da 4ª C.C. do Tribunal de Justiça de Goiás haviam acatado, ante a anuência do ex-marido, o pedido formulado pela ex-mulher para permanecer com o seu nome de casada.

⁵¹ Diversamente no Direito francês, para o qual o acordo entre os ex-esposos sobre o uso do sobrenome prevalece. Ver art. 264 do **Code**.

⁵² A. Wald, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, v. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 9. ed. rev. e ampl. com a colaboração de L. M. Fábregas, p. 132. No mesmo sentido, reportando-se à literalidade da norma, encontram-se Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro e Silvio Rodrigues.

⁵³ G. Tepedino, “O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio” (1997), in **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 375. No mesmo sentido, v. TJRS, 7ª C.C., Ap. Cív. 599400298, Rel. Des. Maria Berenice Dias, jul. em 08.09.99, publ. no DJRS em 01.10.99, in **Revista Brasileira de Direito de Família-IBDFam**, v. I, nº 3, out-dez. 1999, p. 130 e ss. em que se destaca idêntico entendimento acerca do parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio: “Tenho que o indigitado dispositivo fere o princípio maior da Carta Constitucional de respeito à dignidade humana”.

⁵⁴ Segundo Serpa Lopes, **Curso de Direito Civil**, cit., p. 328, os que sustentavam ser o direito ao nome um direito de propriedade tiveram o seu ponto de vista triunfante por largo tempo, principalmente na jurisprudência francesa. O entendimento foi abandonado, segundo o Autor, porque “o conceito de direito de propriedade, com o seu caráter de exclusividade, não se ajusta ao conceito jurídico do nome”. Sobre a natureza jurídica do nome, v. tb., O. Gomes, **Introdução**, cit., pp. 160-161.

o grande temor, raramente explicitado, de que a mulher, mantido o sobrenome de casada, ao recasar-se, possa transmiti-lo aos filhos do segundo casamento⁵⁵.

O sobrenome de casada, saliente-se, é sobrenome da mulher, por força de faculdade de escolha, apenas à ela conferida, de acrescentar aos seus os apelidos do marido. A toda evidência, sua supressão, já não mais submetida a qualquer idéia de culpa, somente pode depender daquela mesma faculdade, utilizada agora, se ela assim o desejar, no sentido contrário, isto é, no sentido de renunciar ao nome que em razão do vínculo voluntariamente acrescentara ao seu.

A determinação legal de perda do nome de casada, prevista no parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio, independentemente de culpa ou da vontade das partes, denota que a *mens legislatoris* foi a de que, com o casamento, a mulher tomaria por empréstimo o nome do marido, a quem deveria devolver quando cessasse o vínculo conjugal que os mantinha ligados, a prescindir de qualquer consideração superior, de ordem existencial, acerca de sua identidade pessoal⁵⁶.

No entanto, tal alteração, se evidentemente não pode competir à vontade do marido⁵⁷, a quem não “pertence” o nome, já que este não configura

⁵⁵ Ao que tudo indica, esta é uma hipótese quase acadêmica, e o argumento é mais retórico do que outro, porque o pai, e segundo marido, teria que concordar que no nome de seus filhos fosse incorporado tal sobrenome estranho. Não obstante, o argumento tem convencido na jurisprudência. V., p. ex., TJRJ, 1º Grupo de CC., Emb. Inf. nº 9.158, Rel. Des. Marcelo Santiago, in RT 553/190: “(...) Há mais, porém. Se se admitir que, após o divórcio, a mulher possa continuar com os apelidos do marido incorporados ao seu nome, tal como na constância do casamento, terá ela a possibilidade de transmiti-los a filhos que vier a ter com outro homem e até usá-los depois de casar-se novamente. Nesta última hipótese, poderá compor o seu nome com os apelidos do ex-marido e do novo, transmitindo os do primeiro à prole do segundo casamento”.

⁵⁶ Parece quase inacreditável que, às vésperas do Séc. XXI e após a promulgação da Constituição de 1988, o legislador ordinário venha regular o nome da mulher (e é ao nome da *mulher* que ele se refere), após o divórcio, como se estivesse em pleno Séc. XIX, isto é, como se a sua identidade pessoal nada significasse. Suponha-se o caso de uma mulher que se casou antes de 1977, tendo sido, portanto, *obrigada*, por força da lei, a adotar o nome de família do marido; suponha-se, ainda, que esta mulher se divorciou após 1992, sendo agora, por força de lei, *obrigada* a “voltar a usar o nome que tinha antes de contrair casamento”. Ainda hoje, como se vê, permanecem vivas as incoerências do Direito em relação ao discurso jurídico (e abstrato) da igualdade (de todos perante a lei) e à prática concreta da desigualdade (em particular, entre homens e mulheres), incoerências que permearam o direito de família nos últimos dois séculos. Para uma aprofundada abordagem deste último aspecto, v. N. Arnaud-Duc, “As Contradições do Direito”, in **História das Mulheres no Ocidente**, v. 4: O Século XIX (1991), trad. port. C. Gonçalves e E. Gonçalves, Porto-São Paulo, Edições Afrontamento-Ebradil, s.d.(1994), pp. 97-137, espec. pp. 116 e ss., na parte intitulada “A armadilha da família”.

⁵⁷ Embora o legislador de 1992, na prática, o tenha substituído porque, em seu lugar, passou a exigir de volta o nome “do marido”, ou a restituição do “empréstimo” feito por ocasião do casamento. Aqui não há

objeto de direito de propriedade, deve ser incluída na alçada de potestade da mulher. A este respeito, observou-se que “se deve privilegiar, sempre que possível, o direito à identidade pessoal da mulher, sendo o sobrenome por ela adotado parte essencial de seu próprio nome (...), não um mero e contingente empréstimo do sobrenome do marido”⁵⁸.

Embora sejam por demais discutíveis a conveniência e a oportunidade de se promulgar o Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso Nacional, na matéria que ora se examina, o legislador projetista realizou a modernização dos dispositivos acerca do nome de casado, através de uma série de modificações relevantes, vindo ao encontro, em grande parte, do que aqui se sustenta. Com efeito, no parecer final, o Relator Geral ressalta expressamente, quanto à alteração do sobrenome, em razão do divórcio, que “deve-se levar em conta que, mesmo fora daquelas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do parágrafo único do artigo 25 da Lei do Divórcio, acrescentados pela Lei 8.408 de 13.2.92, sua mudança representa atropelos de ordem prática e, muitas vezes, de ordem emocional. *Não existe interesse de ordem pública que justifique a imposição da lei para que a mulher volte a usar o nome de solteira no caso de divórcio ou conversão.*”⁵⁹ (grifou-se).

Em coerência com o entendimento manifestado, estabelece expressamente o § 2º do atual art. 1.571 do Projeto, com relação à manutenção do nome de casado: “Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, *o cônjuge poderá manter o nome de casado*; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.” (grifou-se).

A regra geral da manutenção do sobrenome de casado, após o término do casamento, é ainda mais explícita na previsão do art. 1.578 do Projeto: “O cônjuge vencido na ação de separação judicial perde o direito de usar o nome do outro, *desde que expressamente requerido pelo vencedor e se a alteração não acarretar*: I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial”. E nos parágrafos, prevê-se: “§1º O cônjuge vencedor na ação de separação

⁵⁸ G. Tepedino, “O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio”, cit., pp. 386-387.

⁵⁹ Projeto de Código Civil, com a redação do Parecer Final às emendas do Senado Federal, elaborado pelo Relator Geral, Deputado Ricardo Fiúza. Na atual redação, o Projeto prevê, no § 1º do art. 1.565, que “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”.

judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do outro; §2º *Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.*”⁶⁰ (grifou-se).

Na justificativa para tal mudança de vulto, constam do Relatório Final os seguintes argumentos: a) “A regra geral, na sistemática do projeto, é a da opção do cônjuge em conservar ou não o sobrenome do outro, apenas dele desprovido em caso de culpa. É de todo conveniente, todavia, aditar-se à situação tratada de forma excepcional, a necessidade de manifestação do cônjuge inocente em desfavor da manutenção do seu sobrenome pelo cônjuge que se aponta culpado”; b) “Pela inteligência do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), verifica-se, claramente, que o cônjuge conserva o nome de família do seu ex-consorte, nos casos em que a alteração advinda da perda do patronímico marital acarrete evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e os dos filhos havidos da união dissolvida ou, ainda, dano grave reconhecido em decisão judicial. Estas situações devem excepcionar a hipótese da perda do nome pelo cônjuge vencido na ação de separação, e embora ali tratadas na hipótese de conversão da separação em divórcio, reclamam, por corolário lógico, o mesmo tratamento dado ao *caput* do art. 1.582 do projeto. Trata-se de regra de consonância com a legislação superveniente e doutrina mais avançadas”; c) “Outro aspecto reclama a devida adequação, harmonizando o dispositivo à dicção constitucional, a exemplo de correções anteriores. É quanto ao destinatário da norma. O uso do sobrenome do cônjuge, com o casamento, não é faculdade somente atribuída à mulher,

⁶⁰ Indica-se aqui, para efeito de comparação, o texto original do Projeto nº 634/75 e as alterações feitas pelo Senado, que resultaram no Projeto nº 118/84 aprovado pelo Senado em 1997:

Texto Original do Projeto: “Art. 1.582. A mulher condenada na ação de separação judicial perde o direito a usar o nome do marido. § 1º Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 1.575. § 2º Nos demais casos caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada. § 3º Condenado o marido na ação de separação judicial, poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito a usar o nome do marido”.

Texto aprovado pelo Senado: “Art. 1.582 – A mulher, vencida na ação de separação judicial, perde o direito a usar o nome do marido. Parágrafo 1º - Aplica-se o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos parágrafos 1º e 2º do art. 1.576. Parágrafo 2º - Nos demais casos caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada. Parágrafo 3º - Vencido o marido na ação de separação judicial, poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito a usar o nome do marido.”

face às disposições dos arts. 5º, inciso I e 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal.”⁶¹

Ressalte-se que a prescindir da revivescência da noção de culpa na separação, como motivo, entre outros efeitos, para a perda do nome de casado, noção esta que deveria ser completamente afastada do nosso Direito tendo em vista a concepção de família posta em vigor pela Constituição de 1988⁶², o Projeto bem reflete a normativa constitucional da igualdade entre os cônjuges, no que tange à aquisição e renúncia do sobrenome adquirido com o casamento, após o fim do vínculo conjugal.

Entretanto, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade entre os cônjuges, e que evitaria graves conflitos, não parece ser a possibilidade de se oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, como prevê o Projeto de Código Civil⁶³, mas, ao revés, a de estabelecer a regra da inalterabilidade do sobrenome de cada cônjuge, após o casamento, bem como a aposição, nos filhos, dos sobrenomes de ambos os cônjuges, como faz, por tradição, o direito espanhol. Com efeito, a propósito, já foi dito que quando se retira o direito a um nome individual, simbolicamente, se retira o direito de ser um indivíduo⁶⁴. É o que, ainda hoje, por força da tradição, o costume primeiro e depois a lei permitem que ocorra com o nome da mulher.

⁶¹ Todos os dispositivos mencionados foram modificados pelo Relator-Geral, ao longo dos anos 1999 e 2000, e deverão ainda ser votados pela Comissão Especial e pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Pode-se ler, ainda, no Parecer Final as razões pelas quais entendeu o legislador projetista dever modificar tão acentuadamente a *lege lata*: “De notar que o disposto no parágrafo único do artigo 25 da lei de divórcio é uma severa restrição à liberdade de escolha, que não se coaduna com o princípio da intervenção mínima. Mais precisamente: esse princípio tem como escopo político o de permitir aos cônjuges optarem, na forma que melhor lhes aprouver, sobre a conservação ou não do nome, a se saber afastada a questão da culpa na ruptura da vida em comum. Andou certo o eminente relator parcial ao introduzir, na redação do parágrafo 2º, a possibilidade de o cônjuge manter, com o divórcio, o sobrenome do outro, a atender direito personalíssimo. *A imposição da perda do sobrenome, em quaisquer situações, pelo só fato do divórcio direto ou por conversão, não acautela os interesses dos cônjuges que podem optar pela manutenção.* O nome é um direito da personalidade.” (Grifou-se)

⁶² Concepção esta que não se compadece com a manutenção do vínculo a todo custo, nem tampouco com o seu corolário, isto é, a atribuição de faltas ou culpas a um só dos cônjuges, sendo notório hoje, após a difusão da psicologia, que se há responsabilidade de um dos cônjuges, é de ser considerada meramente contingente e não estrutural.

⁶³ Ver nota 59, *supra*.

⁶⁴ E. Jong, “How to Save Your Own Life” (1977), in **Microsoft Bookshelf**, 1996-1997: Multimedia Reference Library, Microsoft Corporation: “*To name oneself is the first act of both the poet and the revolutionary. When we take away the right to an individual name, we symbolically take away the right to be an individual. Immigration officials did this to refugees; husbands routinely do it to wives.*”

Tudo isto em função de um interesse que, nos tempos que correm, não mais perdura, qual seja o interesse superior da família, sendo de se aceitar a tese doutrinária que vê no desenvolvimento das personalidades dos membros da família o interesse precípua, a ser tutelado pelo ordenamento jurídico⁶⁵.

Neste mesmo diapasão, a Corte Constitucional italiana decidiu, em fevereiro de 1994, num caso em que houvera o desconhecimento da paternidade, com a conseqüente perda do patronímico, que o interessado tinha o direito de continuar a portar o sobrenome, embora não mais houvesse a relação de paternidade, sob o argumento de que este representava o verdadeiro sinal distintivo com o qual ele era individualizado, conhecido, tratado e estimado no ambiente em que vivia. Na sentença nº 13/94, pode-se ler que “o interessado não pretende conservar o prenome do suposto pai, mas o próprio sinal distintivo, que possui relevância e autonomia próprias, e que já faz parte de sua subjetividade como característica precisa, personalíssima e projetada ao externo”. A par da “tradicional função de sinal de identificação da descendência familiar”, incumbe reconhecer que “o sobrenome, em si mesmo, goza de uma distinta tutela na sua função de instrumento de identificação da pessoa e que, enquanto tal, constitui parte essencial e irrenunciável da personalidade.”⁶⁶. O raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, ao sobrenome da mulher após o divórcio.

À mesma solução prática, e em alternativa ao controle difuso de constitucionalidade que aqui se defende, chegaria o juiz que, naqueles casos em que a mulher manifeste a vontade de permanecer com o nome de casada, aplicasse o inciso III do parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio, isto é, “grave dano reconhecido em decisão judicial”, de modo a permitir-lhe a conservação do sobrenome. E de outra coisa não se trata: se, contra a vontade da mulher, lhe for retirado o nome que a individualiza, que serve à

⁶⁵ V., por todos, G. Tepedino, “A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares” (1996), ora in **Temas de Direito Civil**, cit., pp. 347 e ss.

⁶⁶ “Sentenza Corte Costituzionale”, 3 febbraio 1994, n. 13 que declarou a ilegitimidade constitucional do art. 165 do r.d. 9 julho de 1939, n. 1238, sobre o ordenamento do registro civil, na parte em que não prevê que, quando a retificação dos atos do estado civil, ocorrida por razões independentes da vontade do interessado, comporte a mudança do seu sobrenome, o próprio interessado poderá obter do juiz o reconhecimento do direito a manter o sobrenome originariamente atribuído quando este seja de considerar-se um autônomo sinal distintivo de sua identidade pessoal.

sua identidade quer social quer subjetiva, que conforma aspecto relevante de sua personalidade, grave dano moral lhe terá sido infligido⁶⁷.

7. TRANSEXUALISMO E ALTERAÇÕES NO REGISTRO CIVIL

Uma das questões mais difíceis nesta matéria diz respeito ao transexualismo. A partir de 1997, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.482/97, modificando entendimento anterior, passou a aceitar a realização, em hospitais universitários ou públicos, de cirurgia para mudança de sexo em indivíduos que apresentem a síndrome transexual. A síndrome é reconhecida, segundo a Resolução, pelo desconforto no tocante ao sexo anatômico natural, pelo desejo expresso de eliminar os genitais, e pela permanência do distúrbio de forma contínua e consistente, desde que ausentes outros transtornos mentais⁶⁸. Para a operação de transgenitalização, é necessário, ainda, que o paciente, maior de 21 anos, seja acompanhado durante dois anos por uma equipe multidisciplinar.

A situação jurídica dos operados, no entanto, apresenta graves dificuldades jurídicas no que se refere à ausência de legislação permissiva da mudança de sexo e do prenome no registro civil⁶⁹.

Embora já se conheçam diversos casos de autorização judicial, trata-se ainda de decisões isoladas, que dependem essencialmente da visão pessoal do juiz e do Ministério Público. A propósito, o caso mais notório, relativo ao pedido de redesignação do sexo no assento civil, da modelo Roberta Close, foi aceito em 1ª instância mas julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁷⁰.

⁶⁷ Em sentido diametralmente oposto, E. F. Viana Bandeira, “O Nome da Mulher no Divórcio”, in <http://www.oab-go.com.br/revista>, o qual afirma que “os apelidos de família que integram o nome do marido fazem parte da personalidade deste e não podem ser objeto de apropriação pela mulher quando não mais existe o vínculo matrimonial. *O uso pela mulher do nome de casada depois do divórcio viola o direito da personalidade do ex-marido.*” (Grifou-se)

⁶⁸ A propósito v. T.R. Vieira, “O Direito à Saúde e o Transexual”, in **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Alta Paulista – FADAP**, ano 2, 1999, p. 119 e ss., a qual afirma que a cirurgia de adequação do sexo é de natureza terapêutica pois o transexual não quer simplesmente mudar de sexo; esta adequação lhe é imposta de forma irresistível. A cirurgia de transgenitalização não visaria, assim, “mudar o sexo”, mas apenas a genitália externa, adequando-a ao sexo psicológico.

⁶⁹ V., para referências atuais acerca dos problemas relativos ao transexualismo, T. R. Vieira, **Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**, São Paulo: Santos, 1996, E. Szaniawski, **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim* e A. P. Barion Peres, “Transexualismo. O Direito a uma Nova Identidade”, dissertação de mestrado, UERJ, 1999.

⁷⁰ Rel. JD Subst. Des. Luiz Carlos Guimarães, in **Revista Forense**, 328, p. 196 e ss.

Interessante decisão da 7ª Vara de Família de São Paulo determinou a retificação do prenome sob o fundamento que este, “face às condições físicas atuais do autor, à toda evidência o expõe ao ridículo pois, como se encontra, ao se apresentar, será com toda certeza alvo de chacota”⁷¹. Aludiu ainda o magistrado ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, na interpretação da lei há que se atender à finalidade social a que ela se destina, qual seja, no caso “a de servir ao ser humano, evitando que seja ridicularizado e discriminado seja qual for sua condição”.

O maior problema, todavia, não diz tanto com o prenome quanto com a retificação do registro no que tange ao sexo do operado. Se talvez não se possa mais considerá-lo como pertencente ao sexo masculino, tampouco pertence ao sexo feminino, não possuindo, por exemplo, os órgãos femininos de reprodução ou, antes, seus cromossomos. Diversamente de outras decisões, no caso antes mencionado, o juiz determinou que no registro constasse, no lugar do sexo, a palavra transexual, correspondente à verdadeira condição física e psíquica do interessado, com o que, porém, não se resguardou a privacidade da pessoa. **S. Rodotà**, ao analisar hipótese semelhante, depois de afirmar que “hoje em dia não mais se considera a idéia de vida privada como ligada estritamente à noção de segredo, mas se a encara de um modo mais fecundo, o que quer dizer que a vida privada necessita de proteção pois se trata de proteger as escolhas de vida contra o controle público e o estigma social”, sustentou que a declaração do sexo que resulta do registro civil, a ser feita quando do nascimento, é uma descrição do papel social vinculado a um dado biológico presumidamente imutável enquanto que a construção da identidade de gênero pode demandar mais tempo⁷².

Pela mesma dificuldade passa a jurisprudência espanhola a qual, embora permita a alteração do prenome, sob a consideração de que a manutenção de prenome masculino, em pessoa com aparência feminina, violaria o art. 10 da Constituição espanhola porque “*contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad*”, não admite uma equiparação absoluta com

⁷¹ H. N. Calandra, “Transexualismo”, in **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica**, v. 15, Bauru, Instituição Toledo de Ensino, ago-nov.1996, p. 227 e ss., onde se transcreve a sentença.

⁷² S. Rodotà, “Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme”, in **Transsexualisme, médecine et droit, XXIII Colloque de droit européen**, Pays Bas, Vrije Universiteit, 1993, p. 20 e ss.

pessoas do sexo feminino para determinados atos ou negócios jurídicos, especialmente o de contrair matrimônio⁷³.

Na jurisprudência francesa vem se consolidando o entendimento de que o portador de síndrome transexual, em seguida a tratamento médico-cirúrgico com finalidade terapêutica, se não mais possui todas as características de seu sexo de origem e apresenta aparência física que o aproxima do outro sexo (ao qual corresponde seu comportamento social), justificada estará – pelo princípio do “respeito à vida privada” – a alteração no registro civil, de modo que seu estado civil indique o sexo de sua aparência, não representando obstáculo a tanto o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas⁷⁴.

8. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Um novo direito da personalidade começou a delinear-se, no final dos anos 70, através da elaboração da doutrina e da jurisprudência italianas, e foi denominado de “direito à identidade pessoal”, consubstanciado no direito de “ser si mesmo” (*diritto ad essere se stesso*), entendido este como o respeito à imagem da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de idéias e experiências pessoais, com as convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam a pessoa e, ao mesmo tempo, a qualificam⁷⁵.

⁷³ J. S. Brinz, **Código civil, comentarios y jurisprudencia**, Madrid, Editorial Colex, 1997, 9. ed. arts., p. 47: “*Por tanto, este desarrollo tiene el límite de no poder contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistencia.*”

⁷⁴ **Code civil**, Paris, Dalloz, 1996, p. 136, nota ao art. 99. Um exemplo do tipo de problema que esta posição enseja se encontra em P. Legendre, “Poder Genealógico do Estado” in S. Altoé (org.), **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo: Direito e Psicanálise**, cit., pp. 88-89: “O caso ocorreu no Canadá, em 1988. Uma criança de 14 anos vive com sua mãe desde o nascimento e não tem, segundo o texto do julgamento, nenhuma recordação do pai. O casamento dos pais foi dissolvido pelo divórcio e a guarda entregue à mãe. (...) Esta mãe muda de sexo através de uma operação cirúrgica; ela, como diz o juiz, ‘assume a aparência do sexo masculino’, e logo obtém a mudança do nome. Tendo sido modificado, desta forma, o seu estado civil, esta mãe – ou melhor, este novo pai – solicita um pedido de adoção de seu filho, enquanto pai desta criança, a fim de lhe dar uma certidão de nascimento conforme a nova identidade de seu genitor. Como os pareceres psicopsiquiátricos e dos assistentes sociais concluíram pela legitimidade desta diligência, o tribunal legalizou o pedido.(...). Percebo, nos considerando da decisão, uma fórmula dos especialistas retomada pelo juiz: ‘Para esta criança, a mãe está morta.’”

⁷⁵ Sobre o tema, v. R. L. Lorenzetti, **Fundamentos do Direito Privado** (1995), trad. bras. de V. Fradera, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 483 e ss., espec. p. 486. Segundo o autor o direito à identidade pessoal já era conhecido do direito anglo-saxão. Entre os autores italianos que aprofundaram o assunto v. A. de Cupis, **I diritti della personalità**, Milano, Giuffrè, 1982 e M. Dogliotti, **Trattato di diritto privato, (a cura di P. Rescigno)**, Torino, Utet, 1981.

A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes, e problemáticos, consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses são vistos como uma categoria aberta que encontra sua fundamentação na Constituição Federal, onde está definida a dignidade da pessoa humana como um valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

A uma identificação taxativa dos direitos da personalidade deve-se opor à consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações⁷⁶. O conceito é, então, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses; e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades. Nessa medida, bem fez o legislador civil português ao optar pela cláusula geral de tutela, reconhecendo que a proteção dos direitos da personalidade, para ser eficaz, deve ser a mais ampla possível. O art. 70º, 1, do Código Civil português de 1966 declara: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam.

O direito à identidade pessoal contempla duas instâncias: a estática e a dinâmica. A identidade estática compreende o nome, a origem genética, a identificação física e a imagem; a identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social da pessoa, isto é, àquilo que a diferencia e singulariza. Neste último sentido, alguns autores falam de “direito à paternidade de seus próprios atos”⁷⁷. As duas instâncias referidas

⁷⁶ Não obstante sua conceituação como direitos absolutos, isto é, válidos *erga omnes*, os direitos da personalidade não podem ser comprimidos em enumeração taxativa, pois o objeto da tutela, em conformidade com o ditame constitucional, é o indivíduo globalmente considerado, sua dignidade, onde quer que ela se manifeste.

⁷⁷ Ver R. L. Lorenzetti, **Fundamentos**, cit., p. 484: “Machado disse que uma pessoa faz caminho ao andar, deixando seu rastro. (...) É a forma que os demais nos olham pelo que temos feito na vida: somos um tipo especial de católicos, de profissionais, de trabalhadores; somos ecologistas, homens de paz, bons vizinhos, afiliados a um clube etc. Tudo isto nos identifica. Este aspecto é dinâmico porque é variável, e faz referência ao passado, aos fatos objetivos que a pessoa vai deixando, e pelos quais as

são exemplificadas através da diferença que existe entre lesar a imagem de alguém, publicando-se sem autorização uma imagem “fidedigna” (a lesão aqui se daria sob o ponto de vista estático), e a publicação, sem autorização, da imagem deformada, fazendo, por exemplo, de um comunista um fascista⁷⁸ (e a lesão teria ocorrido sob o aspecto dinâmico).

A identidade pessoal constitui, assim, “um bem em si mesmo, independentemente da condição pessoal e social, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de modo que a cada um é reconhecido o direito a que sua individualidade seja preservada.”⁷⁹

Entre os diversos aspectos da identidade pessoal, o primeiro e mais imediato elemento que a caracteriza é o nome, o qual assume a condição de sinal distintivo e identificador da pessoa na vida em sociedade. Nesta medida, tem-se o direito de ser apresentado na vida social com a real identidade, tal como esta é, ou deveria ser, conhecida. Pode-se violar a identidade pessoal através do nome, fazendo-o designar coisas ou personagens de fantasia, aos quais são atribuídas qualidades não valiosas ou não verdadeiras, que lesionam a auto-estima, causando sofrimento e dor⁸⁰.

9. CONCLUSÃO

As regras gerais que regem o direito ao nome estão se delineando, como não poderia deixar de ser, à luz dos valores constitucionais, dentre os quais o maior deles é a dignidade da pessoa humana. A regra da imutabilidade do prenome encontra o seu limite (*rectius*, seus contornos) nesta dignidade. Através do alargamento da exceção da “exposição ao ridículo”, como se viu, a jurisprudência tem, freqüentemente, conseguido garantir que

⁷⁸ O exemplo é inspirado em R. L. LORENZETTI, **Fundamentos**, cit., p. 485. O Autor adverte que o direito à identidade não se confunde com o direito à honra. Assim, por exemplo, no caso Pannella, político italiano, haviam sido confeccionados “santinhos” que atribuíam a ele atividade política distinta da que professava. Considerou-se não ter havido atentado à honra, propriamente dita, na medida em que não é desonra pertencer ao partido político X; apenas, havia sido “desfigurada” a coerência política da vítima. Segundo Lorenzetti, “uma pessoa pode desfigurar sua própria identidade, porque é mutante, incoerente. Configura-se aqui um fato da vítima que obsta ao ressarcimento”. (p. 487) H. WESTERMANN, **Código Civil Alemão**, cit., p. 36 elabora o seguinte exemplo: “I. tenta tornar sua amiga a mocinha particularmente atraente D., que é muito conhecida na cidadezinha em que vive; ela o ignora. No decorrer de suas tentativas I. fotografou D. Ele amplia o retrato, pondo-o no seu quarto na mesa de trabalho. Indagado por visitantes como chegou a obter a foto e que relações tem com D., ele sorri significativamente. D. gostaria de obrigar I. a destruir o retrato ou pelo menos a tê-lo guardado”.

⁷⁹ Corte Costituzionale, Sentenza n. 13/94.

⁸⁰ R. L. Lorenzetti, **Fundamentos**, cit., p. 483.

o direito à real e adequada individualização da pessoa humana suplante a proibição de alteração.

Assim como em algumas outras categorias de direitos, o nome responde a um interesse que é, a um só tempo, público e individual. Ao nome, as pessoas estão vinculadas, seja por razões de ordem administrativa, seja por razões de ordem emocional ou psicológica. Enquanto direito da personalidade, é sinal distintivo da pessoa, contribuindo para a sua dignidade; enquanto dever de identificação, corresponde ao interesse público que se reconduz ao poder de polícia, justificado pela necessidade social de identificar os indivíduos em sociedade.

Adequar ambos os interesses parece mais simples se não se adotar a imutabilidade como regra, o que, ademais, é compatível com o atual teor do art. 58 da LRP. Poderá mudar seu prenome a pessoa que não o usa (isto é, a quem ele não individualiza), desde que por relevantes razões de ordem psicológica, objetivamente apreciáveis.

Com relação ao sobrenome, dissolvido o vínculo conjugal, configura-se o direito a conservá-lo se este traduz o sinal distintivo pelo qual a pessoa é conhecida no meio social. A mudança de perspectiva acerca do tema diz com o fato de que não se pretende manter o nome de outra pessoa (o ex-cônjuge) mas, tão-somente, o próprio elemento identificador, que possui autonomia em relação à sua origem, ao modo pelo qual foi adquirido, desvinculando-se seja da relação conjugal seja da relação familiar, reconhecendo-se-lhe relevância própria na medida em que, agora, é parte integrante e essencial da personalidade de quem o porta.

A regra, então, não deve ser a da imutabilidade do prenome ou a da mutabilidade do sobrenome da mulher após a dissolução do casamento mas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a da dignificação da personalidade, através do nome pessoal. A finalidade do nome civil é, exatamente, individualizar as pessoas humanas, distinguindo-as durante a vida e, até mesmo, depois da morte, pela memória que se fixa na descendência e pela estima pessoal. Em virtude do nome, *non omnis moriar*. É ele o elemento da personalidade que sobrevive à morte. ◆

PROTEÇÃO LEGAL AOS SEGREDOS DE NEGÓCIO

KÁTIA BRAGA DE MAGALHÃES
Advogada

Definido, em sede doutrinária, como o conjunto de métodos ou fórmulas empregados na fabricação de produtos, tais como particularidades de produção, uso de máquinas e ferramentas e manipulação de substâncias de certa procedência, em determinadas proporções, o segredo de negócio, ou *trade secret*, para utilizar a denominação adotada pela literatura alienígena, tem figurado como um dos principais alvos das atenções na atualidade. Por compreender técnicas indispensáveis à melhoria da qualidade do produto ou ao incremento de sua fabricação em linhas de montagem, esse tipo peculiar de segredo se reveste de valor inestimável nos processo de industrialização, podendo ser apontado como um dos fatores primordiais para o êxito do empreendimento empresarial.

Ocorre que, a despeito das inúmeras discussões acerca do assunto e das tentativas, durante a tramitação, no Senado, do projeto que culminou na Lei de Propriedade Industrial em vigor (Lei nº 9.279/96), de nela incluir um capítulo autônomo sobre segredos de negócio, o ordenamento jurídico pátrio, em descompasso com o célere desenvolvimento das práticas comerciais, ainda não prevê uma conceituação legal expressa para este instituto. Tal omissão legislativa só pode gerar insegurança junto a todos os agentes econômicos responsáveis pelo desenvolvimento de técnicas de produção em caráter confidencial e, sobretudo, perplexidade perante o Poder Judiciário, ao ter de dirimir conflitos em torno de infrações a um conjunto de bens imateriais, cujas características não se acham elencadas em qualquer diploma legal.

De acordo com a doutrina majoritária, os dois principais elementos do *trade secret* consistem, em síntese, no interesse prático de que se reveste a compilação das técnicas e métodos protegidos sob sua égide e no seu caráter

confidencial. Trata-se de um conjunto de dados, na maior parte dos casos de aplicação industrial, dotados de valor econômico intrínseco, cujo titular busca mantê-lo inacessível, ou seja, fora do alcance dos concorrentes. Como bem acentuaram os mestres Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst in **Droit de la Propriété Industrielle**: E. Dalloz, 1993, p. 341,

“(...) le procédé de fabrication doit contenir une certaine originalité et offrir un intérêt pratique et commercial; il doit avoir une valeur marchande. Le procédé de fabrication doit être resté inconnu des autres industriels et tenu caché aux concurrents. (...)”.

Assim, o titular desses dados confidenciais, insuscetíveis de registro perante qualquer órgão, desfruta sobre eles de exclusividade por tempo indeterminado, até que concorrentes, por seus próprios recursos, esforços e pesquisas, logrem ter acesso aos métodos e fórmulas por eles compreendidos. A título exemplificativo, merece destaque o fato de que a fórmula da Coca-Cola, uma das mais cobiçadas em todo o mundo, perdura indecifrada ao longo de várias décadas.

No entanto, ao silenciar sobre sua conceituação expressa, a lei posta absteve-se de elencar os direitos do titular de **trade secrets** dentre os direitos reais, contentando-se em tipificar sua divulgação, exploração ou uso desautorizados como crime de concorrência desleal, a teor do art. 195, incisos XI e XII, da LPI, tal como ocorria em relação ao art. 178, incisos XI e XII, do revogado DL nº 7.903/45.

Daí exsurge uma das mais significativas distinções entre segredos de negócios e patentes, pois, como verdadeiro prêmio pela contribuição no aperfeiçoamento da tecnologia até então conhecida, o Estado, mediante a carta patente concedida pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, autarquia federal, confere a seu titular a propriedade sobre a invenção por ela compreendida, ainda que por tempo determinado. Com efeito, expirado o prazo de proteção legalmente previsto, a patente cai inevitavelmente em domínio público, ou seja, extingue-se o direito de propriedade sobre ela, sendo dado a terceiros a faculdade de utilizá-la a seu talante.

No tocante à confidencialidade, trata-se da segunda característica essencial dos **trade secrets**, pois, como acentuou o saudoso Celso Delmanto,

“(...) Encontrados através de pesquisa, ou obra do acaso ou sorte (como várias vezes também acontece), seus titulares procuram conservá-los ocultos pelo maior tempo possível; (...) podemos dar sua definição : um método ou meio especial de fabricação, patenteável ou não, que é mantido em sigilo”. (**Crimes de Concorrência Desleal**: E. da USP, 1975, p. 211).

Tanto assim é que, para apurar se determinada informação se acha amparada pelo instituto do segredo de negócio, faz-se mister verificar, no caso concreto, se ela é e deve permanecer sigilosa. Em outras palavras, cumpre examinar se esses dados não pertencem ao âmbito do conhecimento e uso comum, sendo antes fruto dos esforços e despesas empregados por seu titular.

Neste particular, também salta aos olhos a distinção entre os *trade secrets* e as patentes, pois, enquanto aqueles devem ser mantidos em sigilo, sob pena de se esvanecer e perder todo o seu valor econômico, estas, ao contrário, deverão ser necessariamente, durante a tramitação do processo administrativo de exame junto ao INPI, trazidas ao conhecimento do público. A propósito, convém salientar que o art. 24 da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial em vigor) erige a condição *sine qua non* para a validade da patente que seu relatório descreva, para utilizar a terminologia do mestre René Descartes em seu **Discurso do Método**, com clareza e distinção, o objeto da invenção a ser protegida, de modo a possibilitar sua apreciação por parte do examinador autárquico, achando-se fulminada de nulidade a patente que vier a ser concedida em contrariedade com o referido dispositivo legal.

Outrossim, decorridos 18 meses da data de seu depósito, o pedido de patente deve ser publicado no órgão de comunicação oficial do INPI, a Revista de Propriedade Industrial, o que permite a terceiros tomar ciência do invento por ela compreendido.

Cabe, então, ao empresário optar entre pleitear a proteção patentária para uma invenção ou um processo produtivo, requerendo ao Estado a outorga de um título de propriedade, por período certo, sobre o invento, ou resguardá-lo sob o instituto do *trade secret*, mantendo-o longe do alcance de terceiros, que a ele só poderão aceder empregando seus próprios esforços em pesquisas tecnológicas. Assim, enquanto a patente configura uma forma de monopólio temporário de direito sobre uma dada invenção ou técnica,

a titularidade do segredo de negócio pode ser equiparada a uma situação monopolística de fato.

Embora carecedora de uma conceituação expressa do instituto, a legislação pátria, além de tipificar violações a segredos de negócio como crime de concorrência desleal, tem buscado assegurar mecanismos de proteção aos *trade secrets*, sendo tal preocupação refletida, mais uma vez, no texto da Lei de Propriedade Industrial, ao dispor que, na hipótese de tornar-se imprescindível sua revelação em Juízo, deverá o processo prosseguir em segredo de justiça, a teor do art. 206 do referido diploma legal, abaixo transcrito:

Art. 206 – Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

Note-se que a própria Administração Pública zela pela manutenção do segredo industrial, merecendo nota um fato ocorrido durante o processo de avaliação da regularidade da compra das ações da Companhia Petroquímica do Sul – Copesul pelas empresas OPP – Poliolefinas S.A e Polisul – Petroquímica S.A. Conforme noticiado pela Gazeta Mercantil de 4 e 12 de julho de 1996, a Secretaria de Direito Econômico – SDE – havia determinado à Petroquímica Triunfo S A que devolvesse cópias do processo que teriam sido tiradas sem autorização do referido órgão, por conterem informações confidenciais acerca das empresas, a licitude de cuja concentração estava sendo examinada.

Cabe, ainda, salientar que o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30-12-1994, outorga proteção expressa à informação confidencial, em consonância com o disposto em seu art. 39, 2, *verbis*:

Art. 39 - (...)

2 - Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informações legalmente sob seu controle sejam divulgadas, adquiridas ou usadas por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária

a práticas comerciais honestas, desde que tal informação:

a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;

b) tenha valor comercial por ser secreta;

c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

Entretanto, conforme explicitado anteriormente, a ausência de uma definição precisa sobre o segredo de negócio enseja questionamentos acerca do instituto, tornando-o uma zona nebulosa, e obstando, assim, a efetiva repressão a infrações a ***trade secrets***. Ora, como revela a experiência profissional, carecem os julgadores de critérios legalmente elencados que lhes permitam verificar, no caso concreto, se a compilação de dados violados se enquadra no âmbito de proteção conferida a esse tipo de segredo ou se a conduta em exame seria tipificada como uma outra modalidade delituosa qualquer ou se tratar-se-ia, até mesmo, de uma prática penalmente irrelevante.

A ilustrar tal perplexidade, basta aludir a certas dúvidas como as que versam sobre a própria natureza das informações técnicas compreendidas pelo segredo e o grau de esforços e montante de investimentos que seriam suficientes para a protegibilidade dessas compilações de dados. Assim, costuma-se indagar, por exemplo, se apenas técnicas industriais estariam amparadas pelo instituto ou se também métodos originais desenvolvidos por profissionais liberais no desempenho de suas atividades também achar-se-iam tutelados como ***trade secrets***.

Por isso mesmo, na tentativa de contornar tais inconvenientes, a jurisprudência americana vem fixando critérios para a caracterização de segredos de negócio, sobretudo para aferir, em hipóteses concretas, se determinados métodos, objeto de contratos de transferência de tecnologia, deveriam ser mantidos sob uma estrita confidencialidade, por tratar-se de um ***trade secret***. A propósito, cabe invocar, a título ilustrativo, decisão proferida por um tribunal norte-americano no caso *Mycalex Corp. of América vs. Pempco Corp.*, mencionada por Jean-Marie Deleuze, in ***Le contrat de transfert de processus technologique***: E. Masson, 1982, p. 29, onde a corte julgadora determinou os seguintes parâmetros para a identificação de uma tecnologia

como segredo de negócio:

- a) o valor da informação para o titular do negócio e para seus concorrentes;*
- b) o grau de esforço e o montante despendido no desenvolvimento da informação;*
- c) o tipo de dificuldade com o qual se deparariam terceiros para adquirir e divulgar a informação em tela.*

Tecidas essas breves considerações, conclui-se que o legislador pátrio não pode desperdiçar a oportunidade de conceituar com precisão o instituto do ***trade secret***, assegurando-lhe uma proteção mais eficiente, o que certamente desempenhará um papel fundamental no desenvolvimento econômico de um país como o Brasil, carente de tecnologia e que, por isso mesmo, deve assegurar a mais ampla tutela a seus titulares. Eis aí um dos mais importantes desafios lançados à geração contemporânea, qual seja, o de criar mecanismos legais capazes de afastar a nação de uma realidade terceiro-mundista, inserindo-a no dinâmico mundo globalizado. ◆

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

Juiz de Direito TJ/RJ

O Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em seu artigo 6º, inciso VIII, estabelece o princípio da inversão do ônus da prova, ao estatuir, dentre os “direitos básicos do consumidor”, a facilitação da defesa de seus direitos, “inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. O dispositivo é pleno em indagações, tendo inaugurado uma nova fase no Direito Positivo Brasileiro, com reflexos profundos no sistema do ônus da prova no processo.

A primeira observação que deve ser feita é a opção política do legislador em favor do consumidor. A norma da inversão do ônus da prova foi erigida em “direito básico do consumidor”, emoldurando o Capítulo III do Título I da Lei, pondo de lado a regra motriz ordinária prevista no inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, segundo a qual incumbe ao autor “o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito”. O ônus da prova é uma incumbência (*rectius*, um ônus processual) a cargo de quem alega a existência de determinado fato, pouco importando seja o autor ou o réu¹. Ao reconhecer a inversão do ônus probatório, o legislador consumerista determinou que cabe ao réu produzir a prova contrária ao alegado “fato constitutivo do direito do autor”: se o consumidor vem a juízo pleitear indenização pela explosão do bujão de gás, cabe ao réu produzir a prova de que o produto não foi o causador do dano; em outras palavras, não será incumbência do autor produzir a prova do fato de que o mau funcionamento

¹ Moacyr Amaral Santos leciona que “não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, de necessidade, interesse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados” (c.f. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, Tomo I, p. 94, Max Limonad, São Paulo, 1952).

do produto foi a causa do acidente, gerando o dever de reparar (basta provar o dano); ao réu restará demonstrar em juízo que o produto se encontrava apto ao uso para o qual foi produzido. Verifica-se pela inversão do ônus da prova, que os fatos a serem representados em juízo serão aqueles necessários a desconstituir aqueles outros que dão suporte ao direito invocado pelo consumidor.

A inversão do ônus da prova distribui, de forma diversa e desigual², o encargo probatório no processo civil. A posição do consumidor se revela em franca vantagem em relação a do réu, limitando-se a alegar o fato causador do dever de reparar, transferindo para o réu o ônus de provar o fato necessário a espancar a alegação inicial. A opção do legislador levou em consideração a sociedade de consumo atual, na qual milhares de produtos e serviços são postos à venda, em cadeia acelerada de acontecimentos, retirando do consumidor o mínimo controle sobre suas qualidades intrínsecas e extrínsecas, isto é, o controle sobre a produção e execução de bens e serviços.

Mesmo reconhecendo a posição do consumidor, o legislador não fez *tabula rasa* das normas ordinárias concernentes à prova. A inversão do ônus da prova é direito básico do consumidor a ser reconhecido contemporaneamente pelo Juiz da causa, sendo insuficiente que a relação seja de consumo (CDC, art. 2º), para que o consumidor tenha se forrado na posição de inércia processual probatória. O legislador incorreu em certa antinomia, ao elencar o direito à inversão do ônus da prova como “básico” e, ao mesmo tempo, fazer depender o seu reconhecimento do “critério do juiz”. Em princípio, todo direito básico independe de qualquer intervenção jurisdicional para ser reconhecido; no entanto, o conflito (aparente) deve ser resolvido no sentido de caber ao juiz apenas o reconhecimento das circunstâncias fático-jurídicas presentes na situação concreta. Além disso, esse “direito básico” não seria apenas a inversão probatória, podendo existir outros, nos termos do próprio art. 7º da Lei. O controle jurisdicional do encargo probatório se revela inquestionável na própria dicção do dispositivo regulador do princípio, ao asseverar que a inversão fica “a critério do juiz”. Desta forma, ao pleitear em juízo, o consumidor não tem automaticamente garantida a modificação

² A desigualdade aqui referida toma como parâmetro o sistema probatório do Código de Processo Civil, segundo o qual a prova do fato incumbe a quem o alega, seja o autor ou o réu. Ao transferir para o réu a prova contrária a existência do fato alegado pelo consumidor, o legislador desigualou as partes no processo, sob o fundamento da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência de uma delas. A opção é política e não jurídica.

do encargo probatório a seu favor, ficando a depender do entendimento do julgador no momento adequado. Deve assim, preparar-se para a demonstração do “fato constitutivo de seu direito”, segundo a norma ordinária do Código de Processo Civil, assim como o fornecedor deve estar devidamente aparelhado, desde o início, para a demonstração dos fatos, segundo a ordem de inversão probatória.

É de se assentar quais os pressupostos necessários a possibilitar o reconhecimento do direito à inversão do ônus da prova. O dispositivo legal citado estabelece, de pronto, os dois elementos essenciais ao pleito especial: a “verossimilhança da alegação” e a “hipossuficiência do consumidor”. O primeiro tem natureza nitidamente processual, ao passo que o outro tem assento material, na própria realidade vivida pelo consumidor, a qual, se reconhecida, terá conseqüências processuais relevantes.

A verossimilhança³ se refere a situação processual em que se encontra a alegação formulada pelo consumidor como fundamento de seu direito, que se revela aparentemente verdadeira, a depender apenas da inexistência ou do insucesso de contraprova a ser produzida pelo réu. A verossimilhança é averiguada no estado do processo, isto é, no momento em que o consumidor pede a inversão do ônus da prova a seu favor, sob o fundamento de que sua alegação se apresenta como aparentemente verdadeira. A atividade cognitiva realizada pelo juiz é plena e sumária, ou seja, ao apreciar o pedido de inversão do ônus da prova, discorre sobre todas as matérias suscitadas pelo consumidor e pelo réu (principalmente, sobre o mérito), mas incompleta em sua profundidade (as provas ainda não foram produzidas em sua totalidade). A verossimilhança é a impressão que a alegação forma no juízo cognitivo do julgador, encontrando-se umbilicalmente ligada aos fatos alegados como sustentáculo do pedido (ou seja, causa de pedir e pedido). O elemento subjetivo sobressai do dispositivo legal, posto ser impossível,

³ Kazuo Watanabe, leciona que “Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui: “quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vais mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade” (c.f. **Da Cognição no Processo Civil**, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2. ed., 1999).

jurídica ou processualmente, estabelecer normas que vinculem o comportamento do juiz diante da alegação do consumidor. Há de se ter em conta as regras comuns da experiência, segundo dispõe o art. 335 do Código de Processo Civil, pelo qual “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Demanda recorrente nos Tribunais do País diz respeito ao pedido do consumidor de acerto judicial de seu débito frente às instituições bancárias, pleiteando o expurgo dos valores debitados em razão da prática de anatocismo. A prática forense, incrustada em reiteradas ações semelhantes, calcada em prova pericial contábil específica, permite concluir que a alegação tem apoio nos fatos corriqueiros da vida atual, possibilitando ao julgador, de pronto, o deferimento do pleito de inversão probatória, de molde a transferir ao réu a prova do acerto das contas apresentadas como saldo devedor do consumidor. Deve-se destacar que a alegação que se há de considerar verossímil é aquela deduzida na petição inicial, isto é, desde o alvorecer do processo, servindo como fundamento do próprio pedido do consumidor. Importante, pois, que os fatos sejam apresentados de forma convincente, com apoio na realidade histórica dos acontecimentos, cujo pedido seja coerente com o conjunto fático deduzido⁴.

O pedido de inversão do ônus da prova tendo como fundamento a verossimilhança da alegação, revela sua raiz nitidamente processual: o juiz há de decidir com os elementos existentes no processo, até aquele momento, isto é, a decisão terá assento apenas na situação processual que as partes vivenciam no processo, cuja prova, na maioria das vezes, se resume na juntada de documentos, por ambas partes. O autor deduz determinada alegação como fundamento de seu direito (*rectius*, pedido), apoiado em pouco ou nenhum elemento de prova, mas apenas no encadeamento lógico do relato de determinados acontecimentos. O trabalho a ser desenvolvido pelo autor, pelo réu e pelo juiz, o primeiro com o intuito de convencer o julgador, o 2º desdizendo as afirmações anteriores e último sopesando a

⁴ Barbosa Moreira esclarece que “constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele afirmado” e, mais adiante, “a razão por que ao fato narrado se deve atribuir esse efeito” (c.f. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, p. 19 e 21: Forense, Rio de Janeiro, 10. ed., 1990). O efeito pretendido pelo autor, evidentemente, pode não corresponder ao conjunto de fatos narrado, propiciando, em consequência, o julgamento de improcedência do pedido. Ou, então, corresponder apenas parcialmente.

relação entre a alegação dos fatos e as consequências jurídicas dos mesmos, se revela quase que absolutamente intelectual. A verossimilhança da alegação pode se apoiar, apenas e simplesmente, no raciocínio lógico aparente sobre os fatos narrados. O consumidor adquire um veículo diretamente do concessionário (“zero km”), vindo o mesmo a apresentar defeitos em seus sistemas de locomoção. O raciocínio lógico indica que os carros “zero km” são (ou devem ser) submetidos a um controle de qualidade excelente até serem postos à venda, não tendo sido utilizados anteriormente para os fins a que se destinam (o uso a que se submetem são apenas os necessários à comprovação de suas próprias qualidades). Basta ao consumidor alegar a existência do defeito, sem qualquer preocupação em ter de vir a demonstrar sua verdadeira existência em juízo. Ao réu cabe fazer a prova de que o veículo foi adquirido em estado ótimo de uso. A verossimilhança da alegação do direito a indenização, assim, sobressai da própria alegação.

Em relação ao elemento consistente na hipossuficiência do consumidor, há de se ter em consideração sua realidade social (*rectius*, econômica), com projeção imediata em suas condições processuais de produzir a prova da alegação. A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade socioeconômica entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da prova de sua alegação, se revelam de difícil aquisição, seja por dificuldades patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais etc.). A hipossuficiência tem natureza extraprocessual, assentada na realidade socioeconômica do consumidor: reconhece o legislador que o consumidor que integra as camadas populares da sociedade, cujo acesso à Justiça é dificultado por diversas circunstâncias que se encontram antes e fora do processo, há de receber tratamento diferenciado quanto ao ônus da produção da prova de suas alegações. A hipossuficiência tratada pelo legislador é aquela concernente às condições socioeconômicas do consumidor, gerando impossibilidade ou dificuldades jurídico-processuais no que diz respeito ao ônus probatório. Em tese, não haveria “hipossuficiência jurídica”, posto que o advogado ou o defensor público que atende ao consumidor se encontra nas mesmas condições profissionais que o grande advogado que representa o potentado econômico réu. A hipossuficiência jurídica nasce

das parcas condições socioeconômicas do consumidor para prover os meios necessários à aquisição e produção das provas de seu interesse; tal dificuldade, evidentemente, não existe para a instituição bancária, financeira ou econômica com quem contende no processo, cujos recursos são superiores em grau acentuado àqueles do consumidor considerado hipossuficiente.

Esta caracterização socioeconômica da hipossuficiência deixa a descoberto o consumidor social e economicamente favorecido pela fortuna. A regra excepcional e especial somente não pode prevalecer quando o consumidor é ele próprio uma empresa de porte, um megaempresário ou uma pessoa bem aquinhoadada de meios e recursos econômicos. Nestes casos, a desigualdade socioeconômica reconhecida pelo legislador como elemento extraprocessual suficiente para se inverter o ônus da prova, é inexistente. O consumidor abastado há de alegar e provar em juízo segundo as regras ordinárias do Código de Processo Civil. É de se registrar que a condição de hipossuficiente vem esclarecida pela dicção normativa aposta após a vírgula, ou seja, “segundo as regras ordinárias de experiências”, cujos limites se encontram no artigo 335 do CPC. O consumidor abastado não encontra nenhuma dificuldade técnica ou jurídica de adquirir a prova que se faz necessária à demonstração de suas alegações, seja através da contratação de especialistas, seja através de qualquer outro meio.

A indagação que se faz é (1) quando a alegação do consumidor afortunado é verossímil ou (2) quando o consumidor hipossuficiente deduz alegação despida de qualquer verossimilhança: nestes casos, há de prevalecer a inversão do ônus da prova? Ou seja, a partícula “ou” constante do dispositivo legal (CDC, 6º, VIII) deve ser interpretada como “e”? É lícito transferir para o réu o ônus de provar fato contrário alegado pelo consumidor rico, assumindo todos os encargos patrimoniais e processuais daí decorrentes? Ou então, deve o réu despendar esforços em face do consumidor hipossuficiente, para provar que sua alegação é absurda?

O princípio da inversão do ônus da prova é norma esculpida em nosso sistema de Direito Positivo que refoge da regra geral estabelecida para a generalidade das relações surgidas no seio do processo, isto é, a prova da alegação cabe a quem alega. A exceção, embora inserta em diploma legal específico (“dispõe sobre a proteção do consumidor”), permanece como direito básico do consumidor, como meio de “facilitação da defesa de seus direitos” (CDC, 6º VIII, *initio*), a ser reconhecida, no curso do processo, pelo juiz (“a critério do juiz”). O art. 131 do CPC estabelece que “o juiz

apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (...)", devolvendo ao julgador a liberdade intrínseca de averiguar se os pressupostos para o deferimento do pleito de exceção se encontram presentes.

O art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor estatui que um dos princípios reitores da "política nacional das relações de consumo" é o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". Logo, se o consumidor, por suas condições intrínsecas (sociais, econômicas e jurídicas) não se apresenta como "vulnerável", não há de receber o beneplácito legislativo da comodidade probatória. A inexistência da condição de hipossuficiência retira do consumidor o direito ao deferimento do pleito de inversão do ônus da prova. A seu turno, o fato de o consumidor ser hipossuficiente, mas, ao mesmo tempo, deduzir pretensão em Juízo calcada em alegação inverossímil, retira do mesmo a "facilitação da defesa de seus direitos", através do recurso à inversão do ônus da prova. A situação se revelaria extremamente injusta e irracional, segundo o próprio sistema estabelecido pela lei, posto que transformaria o processo em encargo extremamente penoso para o próprio fornecedor, em afronta aos próprios princípios estabelecidos no art. 4º do CDC.

Veja-se o exemplo, corriqueiro nos Tribunais: consumidor, usuário de cartão de crédito, sem condições de quitar a integralidade da fatura, passa a pagar apenas o mínimo exigido, sem deixar, no entanto, de continuar a se servir do instrumento de crédito. Ao cabo de algum tempo, constata ser impossível pagar sequer o mínimo, ingressando em Juízo com pedido de verificação da conta apresentada pela administradora, deduzindo a alegação de "juros extorsivos", "prática de anatocismo" etc. Seu débito inclui não apenas os encargos (juros, multa etc.), como também o valor das próprias compras adquiridas no período. A alegação de não dever a totalidade do que lhe é cobrado carece de verossimilhança, a depender de prova técnica especializada. Transferir para o réu o encargo de demonstrar o acerto de suas contas, é reconhecer um tributo à inadimplência. O consumidor serviu-se do crédito facilitado, ciente das taxas de juros e encargos, continuou a adquirir mercadorias para o seu próprio consumo e, incapaz de honrar seu compromisso, vem a Juízo questionar os valores cobrados e aceitos por longo período de tempo. Sua condição de hipossuficiente, na maioria dos casos, é real; no entanto, sua alegação é desprovida de verossimilhança, apreendida no estado do processo, insuficiente para transferir ao réu o encargo proba-

tório. É possível, inclusive, que se verifique a prática de anatocismo; no entanto, carente o consumidor de elementos suficientes que possibilitem o reconhecimento, *ab initio*, do direito à inversão. Casos há, inclusive, em que o consumidor se arvora na alegação de que “nada deve” em razão de já ter pago valores excessivos por longos anos, considerando os “juros extorsivos e ilegais e o anatocismo”.

A dicção normativa que prevê o direito à inversão do ônus da prova há de ser interpretada como aglutinativa e não como alternativa; para ver-se na posição cômoda durante a fase probatória do processo, o consumidor deve apresentar alegação verossímil e ser hipossuficiente. Não preenchendo estes requisitos, vige a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil. Se a norma especial tem por escopo a “facilitação da defesa dos direitos” do consumidor, não pode se transformar em “abuso do direito de defesa”, ao ser interpretada de modo simplista e assistemática pelo operador do direito. A opção do legislador foi feita, em primeira mão, pelo consumidor desprovido de condições socioeconômicas mínimas que lhe permitam manter-se em posição de igualdade processual frente ao poder econômico com quem contende; além disso, é necessário que o consumidor não se sirva da facilidade excepcional de vir a Juízo para deduzir pretensão despida de qualquer seriedade, aventurando-se em disputa estéril e sem qualquer risco patrimonial de perda, despendendo os recursos materiais e humanos do aparelho judiciário em demanda vazia de conteúdo jurídico. A verossimilhança da alegação deve permear, em proximidade ínfima, a condição de hipossuficiente do consumidor, a fim de que o mesmo se prevaleça da posição de comodismo probatório reconhecida pelo legislador. Da mesma forma, não basta ao consumidor afortunado deduzir pretensão rica em seu direito, para ver-se colocado no regaço da inércia processual probatória. Imprescindível seria que ocupasse a posição socioeconômica dos menos favorecidos das camadas sociais. Desta forma, apenas uma interpretação construtiva dos verdadeiros desígnios do legislador e da norma, no sentido de se exigir a co-existência dos pressupostos materiais e processuais, para se deferir o pleito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

A interpretação aglutinativa do dispositivo citado cede apenas no caso de “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, nos termos da Seção II do Capítulo IV do Título I da Lei. Com efeito, os artigos 12 e 14 expressamente estabelecem a regra motriz da responsabilidade objetiva, isto é, “independentemente da existência de culpa”, no sentido de que, de

pronto, o consumidor não se encontra ungido à prova de que o fornecedor agiu com culpa; ao revés, deve o réu provar qualquer das excludentes de responsabilidade prevista no parágrafo 3º do art. 12 e parágrafo 3º do art. 14 (“não colocação do produto no mercado”, “inexistência de defeito” e “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”). Em casos tais, ou seja, quando o dano é causado por fato do produto ou do serviço (cuja definição vem inserta nos **caput** dos artigos citados), o consumidor não precisará se servir da regra inovadora do inc. VIII do art. 6º da Lei, posto que a inversão já está determinada em lei, pouco importando, aqui, se sua alegação é verossímil e se ele é hipossuficiente.

O processo deve servir a quem tem razão; não pode ser instrumento de vindita ou de mero capricho. A alegação inverossímil deve ser suportada, em seus aspectos probatórios, unicamente por quem a formula, sob pena de se transformar o processo em verdadeira pena imposta ao réu, trazido para a relação processual contra a sua vontade. Da mesma forma, a condição de hipossuficiente apenas pode ser garantidora de situação de igualdade àqueles que forem reconhecidos como tais, sob pena de desigualar a igualdade já existente anteriormente (o consumidor rico e o fornecedor).

Merece destaque, também, a hipótese em que o juiz reconhece a existência destas duas situações jurídico-processuais do consumidor e ele não requer a inversão do ônus da prova, seja por descuido, seja por deficiência técnica de seu procurador judicial. Pode o juiz, **sponte propria**, deferir a inversão probatória, sem pedido expresso formulado pelo consumidor? A matéria diz respeito à posição e aos poderes que o juiz consumerista ocupa no processo em que se discute relação de consumo. Embora a Lei nº 8.078/90, seja pródiga em estabelecer direitos do consumidor, não alterou, em profundidade, os poderes reconhecidos ao julgador. O alcance dado às sentenças proferidas em ações coletivas é devido em razão do próprio interesse trazido a juízo, seja este difuso, coletivo ou individual homogêneo (CDC, 81). A atuação do julgador, em si, permanece ungida aos ditames do Código de Processo Civil. Relevante alteração foi introduzida, apenas, no que pertine à aplicação da multa diária para o cumprimento de obrigação de fazer, conforme estabelece o parágrafo 4º do art. 84 da Lei, onde há referência expressa à ausência de pedido do autor. Tal assertiva também já consta do art. 461, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, que trata das obrigações de fazer, com inovação idêntica prevista nos artigos 644 e 645. Ambas as novidades dizem respeito às obrigações de fazer ou não fazer,

onde a liberdade do indivíduo se encontra em reluzente posição, quase inalcançável pelo comando decisório. Verifica-se, assim, que o consumidor, que deixou de formular pedido expresso de inversão do ônus da prova, irá encontrar grande resistência do julgador em determinar, em razão de seu próprio entendimento, a transferência do ônus probatório ao réu. É o princípio de que não há jurisdição sem pedido (CPC, 128). No entanto, a inércia do poder do Juiz pode ser abrandada em interpretação sistemática e finalística do diploma legal consumerista. O art. 4º estabelece os princípios que regem as “relações de consumo”, elencando, dentre aqueles, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. A vulnerabilidade há de ser reconhecida, inclusive, em relação ao profissional que assiste ao consumidor, seja ele Defensor Público ou advogado. Não dispõe o consumidor hipossuficiente de elementos jurídicos suficientes para direcionar a atividade de seu procurador judicial, nesse ou naquele sentido, de molde a conseguir o reconhecimento de seu direito à inversão probatória. Existe, aqui, uma situação concreta que a própria hipossuficiência material (socioeconômica) produz, qual seja, a falta ou dificuldade de acesso à informação. Não pode o consumidor ser prejudicado por deficiência técnica de seu procurador. O Juiz, firme no princípio da vulnerabilidade, deve deferir, de ofício, a inversão probatória, desde que reconhecidas a hipossuficiência e a verossimilhança da alegação, restabelecendo, assim, a igualdade processual entre as partes.

Verifica-se, assim, que um dos “direitos básicos do consumidor” depende de intervenção jurisdicional para ter reconhecida a ocorrência de situação jurídico-material (verossimilhança da alegação/hipossuficiência). O controle jurisdicional é exercido sobre as condições que habilitam à “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor em juízo, e não sobre o “direito básico” em si. Como toda decisão judicial, deve ser minimamente fundamentada (CF, 93, IX), evitando-se eventual decreto de nulidade; sua natureza interlocutória é evidente, nos termos do art. 162, parágrafo 2º do CPC, desafiando, em consequente, recurso de agravo (CPC, 522). O recurso poderá ser interposto tanto pelo consumidor quanto pelo réu (fornecedor) e, na maioria das vezes, apenas terá utilidade se for feito pela forma instrumental, posto que, se mantido retido nos autos (CPC, 523), o recorrente terá que desincumbir-se da prova que pretendia ver-se dispensado, acarretando, quando da apreciação de suas razões, em verdadeira perda de objeto. Por fim, deve ser registrado, que o momento de decisão quanto ao pleito formulado é aquele que antecede ao início da fase probatória oral (audiência

de instrução e julgamento), devendo o Juiz se manifestar quanto ao pedido feito desde o início da ação ou em requerimento avulso do consumidor, no curso do processo.

Em suma, o direito à inversão do ônus da prova é o reconhecimento jurídico de que os desiguais devem ser tratados igualmente quando postos em confronto na defesa de seus interesses em Juízo; entretanto, esta desigualdade deve ser reconhecida apenas quando a alegação do hipossuficiente seja minimamente verossímil, sob pena de perdurar uma desigual distribuição dos direitos e deveres processuais entre as partes. ◆

A SÚMULA Nº 189 DO STJ E O INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro. Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade da Cidade

I. APRESENTAÇÃO

Quando estivemos na titularidade da Vara Federal de Angra dos Reis, interior do Estado do Rio de Janeiro, ao herdar parte do acervo de processos das Varas Cíveis da Justiça Estadual daquela Comarca, que ali tramitavam por força do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, tivemos oportunidade de observar como, diferentemente do que ocorre na Justiça Federal, na Justiça Estadual, ao menos do Estado do Rio de Janeiro, o membro do Ministério Público atua na seara cível com frequência espantosa, sob o pretexto de cumprimento do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil. Assim é que, como *custos legis*, o “parquet” manifesta-se em processos que visam desde a responsabilização civil do Estado, até aqueles de simples revisão de benefícios previdenciários.

Interessamo-nos sobre o assunto e passamos a estudá-lo. Cremos que o tema merece, ainda, reflexão por parte da doutrina, de sorte a influir na prática judiciária comum na Justiça dos Estados, não obstante o muito que já se escreveu sobre o assunto.

II. ANALISANDO JURISPRUDÊNCIA DO STJ CRISTALIZADA NA SÚMULA Nº 189

Diz a Súmula nº 189 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que “*é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais*”.

Com efeito, desde a época do saudoso Tribunal Federal de Recursos, a matéria já vinha sendo delineada no sentido que findou por se cristalizar

nos termos da súmula. O problema desde sempre suscitado em relação às execuções fiscais era se naqueles processos estaria presente o relevante interesse público a justificar a intervenção ministerial. Em caso positivo, a não-intervenção do “parquet” redundaria em nulidade de todo o processo, por força da conjugação das normas contidas nos artigos 84 e 246 do CPC.

De regra, dizem os defensores da atuação do Ministério Público nas execuções fiscais, o interesse público seria flagrante, na medida em que a cobrança da dívida ativa tem inegável repercussão no orçamento do Estado e, via de consequência, na prestação de serviços do Poder Público, os quais sempre visam ao bem comum. Assim, prosseguem em sua argumentação, não obstante a Lei de Execução Fiscal não fazer referência quanto à intervenção ministerial naquela modalidade de processo, esta se faz necessária, por força do artigo 82, III, do CPC, cuja aplicação é autorizada pelos termos do artigo 1º da aludida lei especial. Confira-se o teor dos seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referidos, respectivamente, nos relatórios dos Recursos Especiais nº 48.771-4 e 52.318-4.

“...a execução fiscal tem relevante interesse público, isso porque a cobrança da dívida ativa tem inegável repercussão no orçamento do Estado e, via de consequência, na prestação de serviços do Poder Público que, em última análise, visam o bem comum.

Não obstante a Lei nº 6.830/80 não fazer referência expressa quanto à participação no processo de execução, sua presença se torna necessária por força do art. 82, III, do CPC, porquanto o art. 1º da supracitada lei determina que se aplicam, subsidiariamente, as disposições do CPC.

Em razão disso, anula-se a sentença, para que outra seja proferida após ser ouvido o Ministério Público.”

*“Não obstante a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) silenciar acerca da necessidade de intervenção do Ministério Público, em seu artigo 1º determina que, subsidiariamente, se aplicam as regras do Código de Processo Civil. Este, em seu art. 82, inciso III, torna obrigatória a intervenção do **Parquet** ‘em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte’.*

Quer pela natureza da lide, quer pela qualidade da parte, há na execução fiscal inegável e relevante interesse público.

Quanto à natureza da lide, evidencia-se o interesse público porque diz respeito com a arrecadação, com a receita do Estado, com a execução orçamentária e, em última análise, com a própria finalidade do Estado.

O art. 246, do CPC comina de nulidade o processo em que não for intimado o Ministério Público, nas causas em que deve intervir.

Face ao exposto, anula-se o processo, a partir da sentença, inclusive, outra devendo ser proferida, após regular intimação do Ministério Público para intervir.”

Apesar de tal posicionamento, já a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos findou por consolidar entendimento contrário. O eminente Ministro ANTÔNIO PÁDUA RIBEIRO, quando na relatoria do Recurso Especial nº 52.318-4-RS, tratou de apontar julgado da 4ª Turma daquele sempre Egrégio Tribunal, especificamente a Apelação Cível nº 99.128-GO, assentada de 11.02.1987, publicado na Revista do TFR nº 143, p. 97/99, em que, também na qualidade de relator, proferiu voto no sentido de que “o interesse público a justificar a intervenção do órgão do Ministério Público (CPC, art. 82, III) não se identifica com o da Fazenda Pública, que é representada por procurador, como, no caso, o foi, e se beneficia do duplo grau obrigatório (CPC, art. 475, III)”.

Assim é que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo herdado tal jurisprudência, manteve-se na mesma linha, passando a pronunciar-se da seguinte forma.

EMENTA: Execução Fiscal. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade.

I - Não é necessária a intervenção do Ministério Público em execução fiscal, porquanto o interesse público que a justificaria (C.P.C., art. 82, III) não se identifica com o da Fazenda Pública, que é representada por procurador e se beneficia do duplo grau obrigatório (C.P.C., art. 475, III). Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e provido.

(Resp. nº 52.318-4-RS. Julgado em 16.11.94. Relator: Ministro PÁDUA RIBEIRO)

Note-se que uma das tônicas das reiteradas decisões do STJ é que não basta para justificar a intervenção do Ministério Público no processo a simples participação ou mesmo a existência de interesse de pessoa jurídica de Direito Público na lide. Com efeito, aquela Corte Superior vem afirmando reiteradamente que a representação judicial de tais entes públicos por suas procuradorias devidamente organizadas para a defesa de seus interesses subtrai do Ministério Público qualquer interesse imediato na lide, salvo expressa determinação legal. Destarte, não fazendo a Lei nº 6.830/80 qualquer referência expressa à intervenção ministerial e estando os interesses fazendários devidamente representados em juízo por suas procuradorias, firma-se uma presunção de desnecessidade da atuação do Ministério Público nessas lides.

De fato, estando os entes estatais já representados por suas procuradorias, a obrigatoriedade da atuação como *custos legis* do Ministério Público na lide, com fulcro na segunda parte do inciso III do art. 82 do CPC, representaria uma desconfiança sem justificativa em relação àquelas instituições, ou, para utilizar a expressão cristalizada na ementa do Resp. nº 63.529-PR, “*reduzir à inutilidade o Advogado do Estado*”. Confira-se o teor da ementa do julgado.

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO - EXECUTIVO FISCAL - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - ART. 173, III DO CTN.

I - A intervenção do Ministério Público no processo de execução fiscal não é necessária, porque o Estado autor já está assistido por órgão especializado: seu advogado. Tornar obrigatória a intervenção do MP, no executivo fiscal seria reduzir à inutilidade o Advogado de Estado.

II - (...)

III - (...)

Resp. nº 63.529-2/PR, julgado em 17.05.95. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS.

O Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, de seu turno, em longo voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 48.771-4, onde analisa detalhadamente a questão, verdadeiramente leciona. *Verbis*: “ressalta-se

que, na execução fiscal, a Fazenda Pública tem Procuradoria organizada para a sua representação judicial, necessariamente voltada para os seus interesses”. E prossegue em seu voto-aula: “Sucede que, o invocado art. 82, III, do CPC, dispõe **in genere**, faltando expressa enunciação para a execução fiscal (Código Processual Civil e Lei nº 6.830/80). Logo se vê, como não há intervenção facultativa do Ministério Público, sob a réstia do art. 82, a participação teria por pressuposto o interesse público, evidenciado pela qualidade da parte exequente (inc. III). Ora, de súbito, descogita-se do litisconsórcio ou como terceiro (arts. 47 e 50, CPC). Só resta, pois, avaliar da existência, ou não, de interesse público legitimador do *parquet*...Portanto, permeia-se que, para a obrigatória intervenção do Ministério Público, não basta o ‘querer’ do Juiz ou das partes, ou do agente representante do **parquet**, exigindo-se a imprescindível caracterização, **stricto sensu**, do interesse público. Logo, não se justifica pela simples presença de entidade de Direito Público na relação processual, fato que, se admitido, obrigaria a intervenção em todas as ações em que se litigasse contra o Estado, uma vez que: ‘também é de interesse público o respeito a direitos conferidos pelo ordenamento jurídico em face do Estado; da mesma forma, é exigência do interesse público a adequação da atividade administrativa ao que prescreve a lei. Levada ao extremo, essa tese imporia a participação do Ministério Público em toda e qualquer ação, porque o próprio exercício da função jurisdicional, como função do Estado que é, tem por objetivo a satisfação do interesse público’ (Resp 4.991-DF- cit)”.

A última referência feita pelo eminente Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, amparando-se em precedente da Corte, de que não há de se levar a tese do interesse público ao extremo, sob pena de obrigar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer demanda, uma vez que sempre se poderia argumentar que a causa envolve aquela categoria de interesses, aponta para um delineamento pretoriano do que seria o interesse público capaz de justificar a atuação do “*parquet*” na esfera cível, com fulcro na parte final do inciso III do art. 82 do CPC.

Com efeito, em outro acórdão daquela Corte Superior, tratando do mesmo tema, ficou assentado que o aludido interesse público deve ser imediato e não remoto. Ou seja, só se justificaria a intervenção do órgão do Ministério Público se o interesse passível de tutela fosse evidente, imediato, uma vez que dadas as características extremamente elásticas do conceito de

interesse público, sempre se poderia dizer estar ele presente em qualquer feito. Confira-se o teor da ementa abaixo transcrita.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. IPC DA FIPE. IMPOSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO RESTRITA A ÍNDICES INSTITUÍDOS POR LEI FEDERAL. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL.

I. Em regra geral, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público na relação processual deve vir expressa na lei. Na sistemática processual vigente, o interesse público justificador da presença do Parquet há de ser imediato e não remoto, inexistindo entre este e o interesse da Fazenda Pública, que dispõe de procuradores para defendê-la em juízo e beneficia-se do reexame compulsório das decisões que lhe são desfavoráveis. Na espécie, o interesse ou participação de pessoa jurídica de direito público, faltante expressa disposição legal, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público na relação processual. Precedentes. (os grifos são nossos)

II. (...)

III. Recurso provido, parcialmente, à unanimidade.

(Resp. nº 80.581-SP. Julgado em 26.03.96. Relator: Ministro DEMÓCRITO REINALDO).

Assim, temos que, especificamente em relação ao processo de execução fiscal, a desnecessidade da intervenção do Ministério Público tem as seguintes justificações, consoante a interpretação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

1. A simples presença de ente público na lide não basta para justificar a intervenção do Ministério Público, sem que haja expressa previsão legal para tal;

2. A obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público reduziria à inutilidade as procuradorias dos entes públicos, estruturadas exatamente para defender seus interesses;

3. O interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto.

III. O ALCANCE DA SEGUNDA PARTE DO INCISO III, DO ART. 82 DO CPC, EM SUA NOVA REDAÇÃO

A redação originária do inciso III, do art. 82 do CPC, causou perplexidades na doutrina. Sobre a questão, vale consignar a contundente crítica de CELSO AGRÍCOLA BARBI⁽¹⁾: “*Grandes dificuldades vêm sendo encontradas na interpretação da norma contida nesse item...A regra é extremamente vaga, porque impreciso é o conceito de interesse público. Mesmo a referência a ser ele evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte não elimina a indeterminação do texto*”.

Com efeito, vimos acima como o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tratou do tema da intervenção do Ministério Público, especificamente em relação à execução fiscal. Sendo o STJ a Corte de Justiça responsável pela unificação da interpretação da lei federal, pensamos, após a edição da multicitada súmula, não há mais espaço para manifestações jurisprudenciais em sentido contrário. Assim, em relação às execuções fiscais, não se pode, de ordinário, reputar presente interesse público justificador da intervenção do Ministério Público.

Todavia, quanto a outras espécies de demandas a questão pode ainda ensejar controvérsias.

Não se trata apenas de preocupação com a possível arguição de nulidade futura do processo. O problema ganha especial relevância se tivermos em conta todos os esforços que têm sido feitos para tornar mais célere o trâmite dos processos. De fato, num mundo globalizado, onde a busca pela justiça tem-se intensificado assustadoramente, a duração do processo tem sido uma das grandes preocupações do meio jurídico.

Com efeito, a celeridade processual é hoje uma garantia constitucional, por força do parágrafo 2º do art. 5º da vigente Carta Política, uma vez que tratou o Brasil de ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e integrá-la ao seu ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 06.11.92. O item 1 do artigo 8º da referida Convenção consagra o que chamaram ADA PELEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA⁽²⁾ de *direito*

¹ in *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. I, Tomo II, Forense, 1975, p. 379.

² in *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 16. ed., 2000, p. 86. Ainda sobre a questão da duração do processo, vale conferir a segura reflexão de Luiz Guilherme Marinoni, in *Novas Linhas do Processo Civil*: Malheiros, 2. ed., p. 28 e seguintes.

ao processo em prazo razoável. Confira-se o que dizem os consagrados autores sobre a nova garantia fundamental *verbis*: “Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal (expressa, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 11, b), porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça”.

Assim, uma determinação de “diga o MP”, vista agora sob o prisma dos direitos fundamentais, qual seja, o da celeridade no trâmite do processo, ganha outra relevância, e merece ser discutida com maiores cuidados, de acordo com as novas preocupações da moderna ciência processual.

O festejado professor CALMON DE PASSOS⁽³⁾ aborda o tema de forma original, qual seja, sob a ótica da teoria geral do processo. Louvando-se na assertiva de SÉRGIO COSTA, anota com singeleza que o Ministério Público quando age, ou é réu ou é autor; e quando intervém, é interveniente. Ou seja, o Ministério Público sujeita-se ao tratamento processual que a teoria geral do processo impõe à admissão de alguém como parte ou interveniente. Averba o ilustre processualista: “A intervenção do MP só se diferencia da intervenção dos demais terceiros no tocante ao interesse que a legitima e no particular dos poderes que a essa intervenção se vinculam. Mas nem por força dessa peculiaridade, deixa a intervenção do MP de ser intervenção em processo de partes, submetida ao controle jurisdicional de sua legitimidade e pertinência. O MP, conseqüentemente, quando pretende intervir numa causa pendente, deve demonstrar sua legitimação para isso. Como, por igual, se reclamada sua intervenção em algum processo pendente, cabe ao juiz, previamente examinar a legitimação do MP para intervir, como requerido”.⁽⁴⁾

Continuando na mesma linha de enfoque do tema, conclui o eminente catedrático da Universidade Federal da Bahia, que ao Poder Judiciário é que cabe definir no caso concreto se o Ministério Público tem ou não legitimidade para intervir no feito. Seria dizer: ao órgão ministerial não há nenhuma discricionariedade para pleitear a sua intervenção na lide; crendo

³ in “Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civ.”, **Revista Forense** nº 268. Afirma o grande mestre baiano, com propriedade, que “sem uma boa teoria geral e sem fidelidade a ela, nunca seremos juristas. Corremos sempre o risco de nos perder no que denomino de discurso sobre o direito. Uma inconseqüente e muitas vezes emocional construção de palavras, que afinal se apresentam como infecundas e incongruentes”.

⁴ Ob. cit., p. 49.

estar presente o interesse público *in casu*, caracterizado pela natureza da lide ou qualidade da parte, deve requerer sua intervenção ao juiz. Todavia, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre o pleito. Nas palavras de CALMON DE PASSOS: *“Pretendendo participar de processo em curso, porque lhe pareça nele consubstanciado interesse público, quer em função dos sujeitos da lide, quer em função da natureza dessa mesma lide, cumpre-lhe postular sua interveniência, demonstrando sua legitimação e interesse. Admitido que seja, no processo atuará. Recusada sua participação, nenhum poder lhe assiste para essa participação, sobrepondo-se ao juízo que seja feito pelo magistrado a respeito, salvo a utilização dos recursos admissíveis na espécie(...) ao Judiciário cabe definir a legitimação do MP para intervir e, uma vez fixada, quer positiva quer negativamente, por decisão firme, não mais recorrível, ficará ela definida nos termos em que a decisão a tenha fixado.”*⁵). Nem poderia ser diferente à luz da teoria geral do processo. Com efeito, se dentro da relação processual a intervenção ministerial se faz observando-se os mesmos critérios para todas as modalidades de intervenção de terceiros, por certo deve ela ser requerida ao juiz, que decidirá a respeito. Tal decisão, por outro lado, poderá ser impugnada pelos recursos adequados, até tornar-se firme.

Ainda, segundo as seguras ponderações de CALMON DE PASSOS, a participação do “parquet”, na hipótese da segunda parte do inciso III, do art. 82, do CPC, não é facultativa, mas coacta. Afinal, diz o art. 82 competir ao Ministério Público intervir em todas as hipóteses arroladas em seus incisos. Bem verdade que, para os casos previstos nos incisos I, II e primeira parte do inciso III, já estão indicados precisamente os litígios onde devem intervir o órgão ministerial e, de fato, em relação à parte final do inciso III, fala-se em interesse público, um conceito extremamente aberto e vago. Mas ainda assim, não é de se reputar como facultativa a intervenção ministerial nesta última hipótese. Também aqui, mesmo diante da flexibilidade do conceito interesse público, deve ser reputada obrigatória a intervenção do Ministério Público, desde que reconhecida sua necessidade por decisão judicial definitiva⁶.

⁵. Ob. cit., 50.

⁶ Entendimento diferente tem PONTES DE MIRANDA, para quem seria facultativa a intervenção ministerial no caso do interesse público referido no inciso III, do art. 82, do CPC (**Comentários**: Forense, 1997, Tomo II, p. 184).

Do que se disse até aqui, já fixamos que: **1) a intervenção ministerial atende aos princípios vetores da teoria geral do processo; 2) em consequência, cabe ao Juiz dar a última palavra sobre o interesse público justificador de tal intervenção; 3) fixada pelo Poder Judiciário a existência de interesse público na lide, a intervenção ministerial não é mais facultativa, mas passa a ser obrigatória.**

Mas não é só. Resta o ponto mais problemático, como já observara CELSO AGRÍCOLA BARBI, exatamente aquele que diz respeito sobre a interpretação do conceito de interesse público. Em outras palavras, a identificação mesma do interesse público no caso concreto.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO elabora excelente esforço para definir o conteúdo da categoria jurídica interesse público. Diz a ilustrada professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: *“Interesse público tem acepções diversas e pode, aparentemente, apresentar-se como conceito fluido (...) Interesse público e fim público podem ter conteúdo pré-jurídico, metajurídico ou jurídico-positivo. É somente deste último que queremos tratar. À questão - ‘que é interesse público?’ - poder-se-á responder de maneira singela: ‘Aquilo que a lei assim quis’. Interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial”*⁽⁷⁾. E prossegue: *“A única fonte do Direito Positivo só pode ser o próprio Direito. Somente a análise exaustiva do ordenamento fará aflorar quais os interesses públicos que devam ser perseguidos pela Administração...”*⁽⁸⁾. Assim, diz a ilustre publicista em arremate: *“...como conceito pragmático que é, terá conotações diversas, dependendo da época, da situação socioeconômica, das metas a atingir etc.(...) muito embora pragmático ou indeterminado, detém núcleo mínimo de compreensão, sendo que sua conotação e sua denotação deverão ser extraídas das normas e dos princípios informadores do ordenamento. Destarte, seu conteúdo será dado à luz do instituto, que se examina, e do próprio sistema.”*⁽⁹⁾.

Eis aí, pensamos, a chave para a definição do interesse público justificador da intervenção ministerial, referida na parte final do multicitado inciso III, do art. 82, do CPC: o ordenamento jurídico-positivo. Há que

⁷. in **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 1995, p. 33/34.

⁸. Ob. cit., p. 35.

⁹. Ob. cit., p. 37.

se buscar no sistema a resposta para a questão. O ponto de partida, como não poderia deixar de ser, deve ser a Constituição Federal. Analisando a Lei Maior, em primeiro lugar, e valendo-nos das decisões que ensejaram a edição da Súmula 189 do Egrégio STJ, jogaremos novas luzes sobre o tema.

O art. 127 da vigente Constituição Federal trata de definir, a um só tempo, a natureza e os fins da instituição Ministério Público. Ao dizer o referido dispositivo que incumbe à instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não outorga uma carta em branco ao Ministério Público para atuar em todo e qualquer processo, mas sim nos casos em que o próprio ordenamento jurídico imponha sua participação, que deverá estar pautada na persecução das finalidades da instituição. Outrossim, ao conferir natureza institucional permanente ao Ministério Público, essencial para o exercício da função jurisdicional do Estado, tratou de extremá-lo do Poder Judiciário, mantendo apenas a relação de cooperação com este Poder. Vale anotar os comentários de CRETELLA JR.⁽¹⁰⁾: “*Pontes de Miranda (cf. Comentários, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, v. III, p.407), escrevendo sob o regime da Carta Política de 1969, dizia: ‘Posto que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça - não é órgão judiciário, mas administrativo. A Constituição de 1988, art. 127, entretanto, define o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, antes de tudo, a defesa da ordem jurídica. Tem funções essenciais à Justiça, como diz a epígrafe do Capítulo IV. Logo, faz parte da justiça, embora, é claro, não se classifique como órgão judiciário, embora participe intensamente junto aos órgãos de funções jurisdicionais’*”.

Merece especial atenção o inciso IX, do art. 129, da Lei Suprema. A primeira parte do dispositivo, de um lado, permite o exercício de outras funções pelo Ministério Público, nos termos da lei, desde que compatíveis com as finalidades da instituição. Tem-se, assim, que as funções institucionais arroladas nos incisos precedentes do mesmo artigo 129, não exauzem as funções que podem ser desempenhadas pelo Ministério Público. São as principais, é verdade. Afinal, o legislador constituinte tratou de evidenciá-las,

^{10.} in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*: Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3294.

ressaltá-las, como a dizer, estas, são típicas funções do “parquet”. Todavia, outras funções podem vir a ser exercidas pela instituição, atendendo à vontade da lei, desde que sejam compatíveis com suas finalidades constitucionais, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como se vê, todas as atividades do Ministério Público ou já estão previstas na Constituição Federal, ou devem estar expressas em lei. Não há espaço para a imaginação.

De outro turno, o mesmo inciso IX acima referido, em sua parte final, trata de erguer uma vedação à atividade ministerial, qual seja, a representação judicial e a consultoria de entidades públicas. Confirmam-se as palavras do eminente ARRUDA ALVIM⁽¹¹⁾: *“Se até no sistema constitucional precedente o Ministério Público representava a União, o que acarretava duplicidade indesejável de funções, com o novo sistema constitucional tal não mais deve ocorrer. Tanto é verdadeira esta observação, que ao Ministério Público é vedada, por disposição expressa da Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso IX), a representação judicial e a consultoria de entidades públicas”*.

Eis aí o motivo das manifestações dos ilustrados ministros do Superior Tribunal de Justiça, acima analisadas, quando afirmaram que não basta para justificar a intervenção do Ministério Público a simples presença de ente público na lide, sem que haja expressa previsão legal para tal, sob pena de tornar inútil as procuradorias dos entes públicos. É certo que os julgamentos voltavam-se para processos de execução fiscal. Todavia, as conclusões podem e devem ser aplicadas a toda e qualquer demanda que envolva entes públicos, por força de uma análise sistemática da Constituição Federal.

Do mesmo modo, o último argumento por nós evidenciado da análise dos acórdãos daquela Corte Superior, qual seja, de que o interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto, ilumina definitivamente a questão. Com efeito, apenas o próprio ordenamento jurídico poderá expressar a imediatidade do interesse público. Só a Constituição e a lei podem dizer se neste ou naquele caso há interesse público imediato a justificar a intervenção ministerial, sob pena de esbarrarmos em insuperáveis problemas hermenêuticos. Perfeita, pois, a conclusão de

¹¹ in **Manual de Direito Processual Civil**, V. 1, São Paulo, 1997, p. 489.

CELSE AGRÍCOLA BARBI⁽¹²⁾, ao responder à questão por ele mesmo formulada, sobre qual seria o interesse público que exige a intervenção do Ministério Público na redação original do inciso III, do art. 82, do CPC: *“Não podem ser os da organização familiar, os de zelo pelos incapazes, ausentes e testadores já falecidos, porque quanto a eles há norma expressa nos itens I e II. Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo. Em resumo, além dos casos previstos nos itens I e II do artigo e dos que são objeto de disposições expressas do Código e das leis especiais, como a de falências, a de ação popular e outras, não se conseguem ver casos em que se justificasse a participação obrigatória do Ministério Público, com assento no item em exame”*.

Na mesma linha, averba CALMON DE PASSOS⁽¹³⁾: *“Acrece, ainda, que se intenção do legislador exigir a presença do MP em toda causa em que fosse autora ou ré uma pessoa jurídica de direito público, ele o teria dito de modo claro e direto, sem necessitar do circunlóquio ilógico de mencionar um interesse público evidenciado pela qualidade da parte”*. E prossegue, em seguida, tratando especificamente dos processos expropriatórios: *“Exigir-se a participação do MP em um processo expropriatório, porque a ação em que é autor o Estado, será exigir-se sua presença em toda e qualquer causa em que seja parte a União, o Estado, o Município ou suas entidades descentralizadas com personalidade jurídica de direito público, o que é por demais grave em suas conseqüências e por demais injustificável em suas exigências para ser aceito como conclusão a retirar-se de um dispositivo de lei não explícito a respeito”*.

Por igual razão, assim, afigura-se desnecessária a intervenção do Ministério Público nos processos de responsabilidade civil contra o Estado, feitos previdenciários, ações de repetição de indébito, cautelares fiscais etc. O rol é meramente exemplificativo.

IV. CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS

Até aqui vimos que o interesse público justificador da intervenção ministerial no processo civil deve ser extraído do ordenamento jurídico. De outro lado, apoiados na teoria geral, constatamos que cabe ao Poder

¹² Ob. cit., p. 380.

¹³ Art. cit., p. 57.

Judiciário decidir sobre a questão. Vale dizer, é o juiz que decidirá se no caso concreto configura-se o aludido interesse público, admitindo ou não a intervenção do “parquet”. A decisão pode ocorrer a partir de três hipóteses: 1) a requerimento das partes; 2) a requerimento do Ministério Público; 3) por decisão espontânea do juiz da causa. Analisemos cada um dos casos.

As partes envolvidas no litígio, entendendo estar presente o interesse público motivador da intervenção ministerial, deverão requerer neste sentido. Observe-se que qualquer das partes, autor ou réu, possui legitimidade para tal, não obstante referir-se o art. 84 do CPC, à parte, no singular. Afinal, ambas têm interesse no regular desenvolvimento do feito.

Do mesmo modo, o próprio Ministério Público, que possui incumbência constitucional de zelar pela ordem jurídica, deve requerer sua intervenção no feito, sempre que se deparar com uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 82 do CPC. Especificamente em relação ao interesse público referido na parte final do inciso III, do aludido artigo, o “parquet” também não se pode furtar de requerer sua intervenção. Não há discricionariedade. Dignas de serem anotadas as palavras de CALMON DE PASSOS⁽¹⁴⁾: “*a própria índole da intervenção do MP fá-la coacta, em função do interesse público existente e definido pelo legislador, quando fá-lo intervir*”.

Outrossim, o próprio juiz da causa poderá, ele mesmo, de ofício, determinar a intervenção ministerial, sempre que reputar presente uma causa justificadora da intervenção. Trata-se de um dever do juiz, que deve sempre zelar pela efetividade do processo. Aliás, é isto o que ocorre na maioria dos casos⁽¹⁵⁾.

Em relação às duas primeiras hipóteses - requerimento da intervenção pelas partes, ou pelo próprio Ministério Público - parece não haver dúvida tratar-se de decisão interlocutória o ato decisório do juiz, quer venha ser de conteúdo positivo ou negativo. Afinal, o juiz está a decidir incidente processual que lhe foi apresentado pelas partes, sem por fim ao processo. Assim, não satisfeito o requerente, resta-lhe a via do agravo.

¹⁴ Art. cit., p. 52.

¹⁵ Neste sentido, observa CELSO AGRÍCOLA BARBI, **verbis**: “*Geralmente, o juiz determina essas intimações, que são feitas, de ofício, pelo escrivão ou pelo oficial de Justiça, conforme o caso. Se houver omissão do juiz, tem lugar a iniciativa da parte, requerendo ao magistrado seja determinada a intimação*”. (ob. cit., p. 383).

Todavia, a questão parece complicar-se quando a intervenção ministerial é determinada de ofício pelo juiz da causa. Qual será a natureza jurídica de tal determinação? Quais serão os seus efeitos para as partes e para o Ministério Público, se este, por exemplo, não reconhecer presente o interesse público definido pelo juiz?

O artigo 162 do CPC define quais os atos do juiz. Em princípio, não caberia à lei definir. Conceitos devem ser formulados pela doutrina. Todavia, postas as definições legais, resta-nos utilizá-las da melhor forma possível. São atos do juiz: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. A sentença, conceitua o Código, é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Decisões interlocutórias, prossegue o diploma legislativo, é o ato pelo qual o juiz decide questão incidente, no curso do processo. Por despacho, chama o Código a todos os demais atos. Há, ainda, os chamados despachos de mero expediente, referidos no artigo 504.

Por óbvio, não pondo fim ao processo, a decisão do juiz que determina a manifestação do Ministério Público fulcrada na segunda parte do inciso III, do art. 82, do CPC, não é sentença. Resta saber, então, se tal pronunciamento configura decisão interlocutória, despacho de não-mero expediente⁽¹⁶⁾, ou despacho de mero expediente.

Se o juiz, de ofício, determinou a manifestação ministerial no feito, reputando presente o interesse público referido no inciso III, do art. 82, do CPC, não há resolução de questão incidental alguma. Nada lhe foi apresentado pelas partes ou por terceiro. É certo, que sempre haverá uma carga decisória em qualquer ato do juiz. Porém, para caracterizar-se em decisão interlocutória, o pronunciamento deverá resolver uma questão incidental, de sorte a dar prosseguimento no processo. Anotem-se as palavras do professor EGAS MONIZ ARAGÃO: *“O texto circunscreve o conceito de decisão interlocutória: primeiro requisito é que haja sido ‘no curso do processo’; segundo, que resolva ‘questão incidente’”*⁽¹⁷⁾.

Resta verificar, então, se se trata de despacho de não-mero expediente ou despacho de mero expediente. Valemo-nos mais uma vez das lições do eminente professor EGAS MONIZ ARAGÃO, para desvendar a questão.

¹⁶ A expressão despacho de não-mero expediente é adotada por ARRUDA ALVIM em sua obra já referida. PONTES DE MIRANDA, nos seus **Comentários**, tomo III, p.110, de seu turno, refere-se a “despachos que não são de mero expediente (= só de expediente)...”.

¹⁷ in **Comentários ao Código de Processo Civil**: Forense, Rio de Janeiro, 1974, p.41.

Propõe o mestre paranaense o seguinte critério diferenciador entre as duas categorias de despacho: “*Aí está uma solução hábil a superar a dificuldade com que se defrontará o intérprete brasileiro: todos os despachos que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar qualquer lesão ao direito das partes, serão de mero expediente. Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso*”¹⁸.

O critério diferenciador, então, deve ter como tônica o prejuízo que possa a decisão causar aos envolvidos na lide. Se causar prejuízo, o pronunciamento reputar-se-á de não-mero expediente. Ao revés, não causando prejuízo, estar-se-á diante de despacho de mero expediente.

Como já salientamos acima, a celeridade da prestação jurisdicional é hoje uma garantia constitucional, visto que o denominado *direito ao processo em prazo razoável* foi incorporado ao rol de direitos-garantias fundamentais insculpidos na Carta Política de 1988, por força de expresso preceito contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil. Isto quer dizer que há reconhecimento expresso em nosso ordenamento jurídico de que a rapidez na entrega da prestação jurisdicional deve ser colimada pelo Estado, para atender um direito-garantia fundamental. Assim, qualquer ato processual desnecessário, que retarde o andamento do processo, que o tumultue, atenta contra o denominado direito fundamental ao *processo em prazo razoável* e, indubitavelmente, provoca prejuízo tanto processual, como até mesmo material. Destarte, o ato do juiz que considera presente o interesse público justificador da intervenção ministerial é um despacho de não-mero expediente. Em consequência, passível de impugnação por agravo pelas partes.

Mas e em relação ao Ministério Público? Pode ele agravar o despacho que lhe determinou intervir no processo?

Penso que não.

Como vimos acima, é o Poder Judiciário que definirá processualmente a existência ou não do interesse público justificador da intervenção do “parquet”. Todavia, esta definição só produzirá efeitos endoprocessuais para o MP. É que, como vimos acima, a intervenção do Ministério Público como *custos legis* neste caso é coacta, obrigatória. Assim, cumpre-se o

¹⁸ Ob. cit., p.45.

mandamento legal da intervenção ministerial com a sua simples intimação para tal. É dizer, intimado o Ministério Público para intervir, não está ele obrigado a agir, a praticar atos. Com efeito, se não há como se obrigar um terceiro qualquer a praticar atos processuais, maior motivo se este terceiro é o Ministério Público, dada a própria independência da instituição. Dignas de referência as palavras de CALMON DE PASSOS: *“Cumpre ressaltar, entretanto, que na intervenção coacta, se a participação no processo se dá mesmo contra a vontade do terceiro, sua atuação, contudo, depende exclusivamente de sua vontade. Obrigado a ser sujeito da relação processual, não é ele obrigado a praticar atos no processo. O dever de agir; aliás, inexiste hoje, até mesmo quando o réu, que apenas sofre o ônus da impugnação dos fatos postos pelo autor, sancionada sua omissão com a determinação, ao juiz, de ter como verídicos os fatos constitutivos do pedido do demandante. Não se deve, pois, confundir participação obrigatória, que existe, com atuação obrigatória, que inexiste. Também neste particular o MP não goza de situação processualmente privilegiada. Menos por desmerecê-la, sim por incompatível com os princípios que presidem ao processo civil”*¹⁹.

Então, determinada a intervenção do “parquet” de ofício pelo juiz da causa, sendo ele regularmente intimado e, ao contrário, fixar entendimento de que não estaria presente o interesse público justificador para sua atuação, nada nem ninguém o pode obrigar a manifestar-se. A autonomia e independência do órgão imperam. Sequer haverá o juiz de aplicar analogicamente o art. 28 do CPP, para obrigar uma atuação efetiva no Ministério Público no processo, por ser absolutamente desnecessária e supérflua tal medida. Afinal, a simples intimação do órgão, por si só, já supriu, como vimos, o mandamento legal de sua intervenção.

Por este motivo, dissemos, falta ao Ministério Público interesse recursal para impugnar a decisão judicial que determinou sua intervenção no feito. Basta que ele expresse seu desinteresse na lide. O problema se foi certa ou errada a promoção do órgão ministerial negando sua manifestação efetiva no feito é interno da instituição. Não atinge a relação processual. Não a nulifica. A vontade da lei já foi cumprida com a intimação do “parquet”, frisamos.

¹⁹ Ob. cit., p. 51.

Por fim, é bom lembrar que decisões do tipo “*ao MP*” são nulas, por ausência da necessária fundamentação, exigida pelo inciso IX, do art. 93, da Lei Maior. Aí sim, nestes casos, poderia o “parquet”, agora como fiscal da lei, impugnar a determinação, reputando-a nula, por ausência de fundamentação.

V. CONCLUSÕES

1) A intervenção ministerial atende aos princípios vetores da teoria geral do processo;

2) Em consequência, cabe ao Juiz dar a última palavra sobre o interesse público justificador de tal intervenção;

3) Fixada pelo Poder Judiciário a existência de interesse público na lide, a intervenção ministerial não é mais facultativa, mas passa a ser obrigatória;

4) O alcance do interesse público há de ser extraído do ordenamento jurídico (Constituição e leis), sendo certo que a simples presença de ente público na lide não basta para justificar a intervenção do Ministério Público, sem que haja expressa previsão legal para tal. Afinal, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público sempre que presente na lide um ente público reduziria à inutilidade as procuradorias destes entes, estruturadas exatamente para defender seus interesses;

5) O interesse público justificador da intervenção ministerial deve ser imediato e não remoto;

6) Como modalidade de intervenção coacta, basta a intimação do MP, para cumprir o mandamento legal;

7) O ato decisório do juiz que aprecia requerimento das partes ou do Ministério Público para a sua intervenção no feito tem natureza jurídica de decisão interlocutória. Sendo, pois, agravável por qualquer daqueles que formulou o pedido de intervenção;

8) O ato decisório do juiz que, de ofício, determinou a intervenção ministerial, possui natureza jurídica de despacho de não-mero expediente, sendo agravável exclusivamente pelas partes, que podem ter seu direito fundamental a uma prestação jurisdicional célere retardado - *direito ao processo em prazo razoável*;

9) O MP só passa a ter interesse recursal para impugnar a decisão do juiz que, de ofício, determina sua intervenção no feito, se esta não tiver sido devidamente motivada;

10) Exemplificativamente, não existe interesse público ordinário para a atuação do MP nos seguintes casos: processos expropriatórios, de responsabilidade civil contra o Estado, previdenciários, de repetição de indébito, e cautelares fiscais. ◆

APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO - JUÍZOS DE VEROSSIMILITUDE E PROBABILIDADE

ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá

I - INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio, e o próprio título sugere, é transitar sobre escopos do exercício de Jurisdição, o processo judicial como base dialética e capaz de instrumentalizar a argumentação, assim também, ponto nodal, abordar aspectos atinentes à formação de juízo na aplicação do Direito, atento aos fatores de probabilidade e verossimilhança.

Na verdade, a grande dificuldade em laborar o Direito e o complexo normativo que formalmente o revela, é sempre fazê-lo atual, mormente para o julgador chamado a discernir os conflitos sociais, individuais ou coletivos.

Conhecer o Direito, é apreender a sua essência e finalidade. E só é possível a apropriação da lógica que o Direito encerra, através dos métodos de interpretação, procedimentos intelectivos voltados para a aproximação congruente do fato social à norma adequada. Em exercício de jurisdição, a aproximação prefalada resulta numa solução normativa, revelada pela sentença, ato jurisdicional que encerra inteligência e vontade, numa simbiose de componente declarativo.

Na aplicação do Direito, outrossim, é sempre necessário buscar a razão social de existência da norma adequada para servir de preceito à solução judicial do litígio, do caso submetido à atividade jurisdicional. Há que se ter em mente que a ordem normativa destina-se a trazer uma vantagem social. Aliás, a observância da ordem social vigente é imperativo que se extrai do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Harmonia entre a regra a ser aplicada, depreendida pelos critérios e métodos de interpretação, e dos fins sociais do Direito e às exigências do bem comum.

Todo o trabalho de apropriação, aproximação e solução normativa desenvolve-se no transcurso do processo judicial. É o processo que acon-

chega os fatos e emoldura o tema da decisão. É o processo judicial que, na otimização do debate, participação no transcurso de uma relação jurídica, possibilita, à luz da construção histórica dos fatos (provas), a enumeração dos argumentos que constituirão os motivos da sentença. A sentença judicial, por conseguinte, deve ser resultado de induções e deduções, sem a preocupação de estabelecer verdade universal ou proposição geral, mas só certeza jurídica do caso concreto. E aí entra, para a formação de juízo, a reflexão sobre os conceitos de probabilidade e verossimilhança, tópico específico e final deste trabalho.

II - JURISDIÇÃO, SEUS ESCOPOS

Uma das expressões do Poder de soberania denomina-se jurisdição. O exercício de jurisdição, por conseguinte, tem assento constitucional. É a Constituição da República que lhe dá vida, delimita a atuação, e impõe a observância de normas inafastáveis, dentre as quais a que exige a fundamentação antecedente ao dispositivo, *decisum*, ato conclusivo de julgamento. É na fundamentação, motivos e razões de decidir, onde o magistrado deverá alinhar as premissas, proposições de formação do convencimento. São os motivos que dão legalidade e legitimam o julgamento, desde que estejam aqueles em harmonia com a ordem jurídica, social e justa. Ao nosso sentir, outra não pode ser a concepção, posto que a República Federativa do Brasil, além de constituir um Estado Democrático de Direito, é flagrantemente social, pois assentada nos objetivos fundamentais da liberdade, justiça e solidariedade. Sem o ingrediente da vantagem social, o exercício da jurisdição não exsurge legítimo.

Numa perspectiva de resultado final, é possível compreender como três os escopos da jurisdição. Declara-se o direito aplicável para a preservação da ordem jurídica. Declara-o para proteção do bem juridicamente tutelável. Dispõe-se a norma jurídica de solução do litígio, de forma a alcançar uma regra de justiça. Preservação da ordem jurídica, proteção dos bens e justiça, são as finalidades da jurisdição. Cada uma das partes, no exercício de técnica de argumentação sentencial, deve resultar num todo lógico, ou melhor, quase-lógico, sabido que a formação de juízo é dedutiva e indutiva, sem foro de irrefragável verdade, absoluta e universal.

A manutenção da ordem jurídica, pondo-a livre de perigo, dano ou subversão corruptiva, é a finalidade legalista da jurisdição, de conteúdo positivista. Preserva-se a ordem jurídica constituída, arrostando o perigo através

de tutelas inibitórias, ou quando já violada, restaurando-a com a disposição de comando judicial hábil a ensejar a prevalência da Lei. A proteção do bem juridicamente tutelável, também espera-se do exercício da jurisdição, desde que possível o abrigo dentro do ordenamento, do complexo normativo que além de disciplinar a vida de relação - o dever-ser, define a sanção para as hipóteses de quebra ou ameaça dos imperativos, e obriga o intérprete e o operador do Direito a extrair do contexto legal o que melhor se acomode com os fins sociais e às exigências do bem comum. Segue-se daí, que só se cumpre a quase-lógica da jurisdição, modelando o exercício dentro dos parâmetros de justiça. E é a idéia de justiça social que encontra-se no núcleo da nossa ordem constitucional, onde se quer uma sociedade livre, justa e solidária. Destarte, pode-se afirmar que as três partes resultam num todo cuja parametricidade é a justiça, solução justa dos conflitos. Não é o menoscabo à lei, mas sua interpretação consoante com os objetivos fundamentais da República, insculpidos na Constituição Federal. Não é tratar com desdém o bem tutelável, mas vê-lo, se num contexto conflituoso este merece tutela concreta por estar em harmonia com a ordem normativa, social e solidarista; em congruência com o Direito plasmado na Constituição.

III - INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

O processo judicial é um meio de debate que o Direito põe à disposição do Estado para que este possa se desincumbir da relevante tarefa de julgar; julgar os conflitos de interesses; julgar os abusos contra as liberdades públicas; e até julgar a ilegitimidade ou não da norma ou ato do Poder Público frente à Constituição Federal. É certo, ante o tema proposto e que ousamos tratar, que iremos incursionar pelo processo como instrumento de jurisdição ordinária, capaz de possibilitar a solução das lides.

Sendo um meio de debate judicial, o processo é essencialmente dialético, dinâmico, finalístico, progressivo e encerra uma relação entre partes da qual exsurgem direitos, deveres, ônus e sujeições. O processo contém uma relação jurídica, e é no seu transitar, que se concretiza o diálogo unido por um objetivo comum, a sentença do Estado. Prossegue-se daí, que não é forçoso afirmar que a sentença do Estado decorre do processo, não como trabalho pronto, mas peça que se delinea durante a instância, o movimento da relação. É o pôr, o contrapor e o compor. Cada personagem do processo, nele exerce papel de relevância, e durante a trama, cobra-se do Juiz a prestação jurisdicional com equidistância e imparcialidade e das partes litigantes,

que obrem com lealdade e boa-fé.

Como já ressaltado, podemos identificar no processo judicial um instrumento de participação democrática, dos mais eloquentes, vez que direta, isonômica e decisiva para a legitimidade da sentença do Estado, que é definitiva e inafastável; primeiro momento para a positivação da certeza jurídica do caso concreto. Fala-se no primeiro momento, porque só se alcança a certeza jurídica na imutabilidade dos efeitos da sentença que decorre da coisa julgada.

A proteção do processo judicial advém da própria Constituição Federal, que o quis como garantia dos direitos individuais e coletivos. Garantia que se exprime no contraditório, no direito de cientificação e reação que compõe o cerne do denominado devido processo legal.

Para a aplicação judicial do Direito, o processo judicial é indispensável. Não há a possibilidade de argumentação judicial, em forma de decisão, sem o processo. Primeiro a dialética, seu desenvolvimento, depois, e ao final, a fala do Estado, o qual, em forma de sentença, deverá estabelecer não a demonstração do seu juízo, mas a síntese da discussão e controvérsia jungida à linha argumentativa que elegeu para a solução do litígio. E é na argumentação que se busca encontrar a regra de justiça. A regra de justiça é o que se deve concretizar com o processo judicial. Não é uma regra pronta, apriorística e impermeável, mas elaborada no curso do processo judicial, e nele moldada para o caso concreto submetido à dicção do Estado-Juiz.

A instrumentalidade do processo judicial situa-se na concepção de meio. O processo é um meio e não um fim. O fim é a concretização da regra de justiça, que com ele se possibilita. E a chamada regra de justiça, preceito da decisão judicial, nada mais é do que o todo, o resultado dos três escopos da jurisdição, sobre os quais aludimos no tópico antecedente.

Ademais, e por importante, há que se aduzir que a argumentação judicial deve amoldar-se no que foi processualmente feito, até porque ato final de uma série de outros que o antecederam de forma legitimante. Exsurge do convencimento instruído pelo trabalho de hermenêutica jurídica, e valoração das provas. É o ponto máximo. E aí situa-se a problemática da percepção necessária para extrair-se das deduções e induções as proposições que irão servir para o julgamento. Nessa seara vem à lume a formação de juízos de probabilidade e verossimilhança.

IV - JUÍZOS DE VEROSSIMILITUDE E PROBABILIDADE

Conforme acentuado por Piero Calamandrei, em ensaio publicado

nos **Studi in onore di Giuseppe Valeri**, V. I, Milano, Giuffr , 1955, e inserido na obra **Direito Processual Civil**, editada pela Bookseller, Campinas, volume III, 1999, “... *Todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilitude* ...”. Na esteira do citado mestre, trata-se de asserção de relativismo processual, onde o processo judicial concebe-se como instrumento capaz de possibilitar a construção de juízo histórico a respeito de fatos conflituosos, mas ante a falibilidade humana, marcado pela subjetividade do julgador.

A busca da verdade, dita real, ou substancial,   labor insano e compromete a efetividade do processo enquanto instrumento da jurisdição. Nos escritos de Calamandrei, vindo   pagina 270 da Obra citada, observa-se: “... *Todo o sistema probatório civil está preordenado, não a consentir; senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que se permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa   sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. Para obtê-lo, se vê constringido com extrema ratio a se contentar com o que alguém continua chamando verdade formal, conseguida mediante o artifício das provas legais e o mecanismo aut nomo da distribuição da carga da prova; mas mesmo quando, no sistema das provas livres, parece que a liberdade de apreciação fosse instrumento mais adaptado para a consecui  o da chamada verdade substancial, a avaliação, mesmo que livre, leva em todo caso a um juízo de probabilidade e de verossimilitude, não de verdade absoluta* ...”.

Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em **Tratado da Argumentação**, enfatizam que “... *O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo.* ...”. Seq enciando, argumentam que: “... *A verossimilhança se aplica a proposições, notadamente as conclusões indutivas e, por isso, não é uma quantidade mensurável, ao passo que a probabilidade é uma relação numérica entre duas proposições que se aplicam a dados empíricos específicos, bem definidos, simples* ...”. (**Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 01 e 78).

Na apreciação dos fatos relevantes, evidenciados no processo judicial, e na aplicação do Direito, o juiz deve se valer, na sua argumentação, dos conceitos de verossimilitude e probabilidade, numa simbiose perfeita e suficiente capaz de legitimar a ordem decisória. A verossimilitude adv m

de juízo por indução, intelectivo, instruído pelas regras de experiência que se prestam para harmonizar a *mens legis* à realidade social, com definição de atualidade. As chamadas regras de experiência exsurgem de percepções do intelecto e do sensorial hauridas da interação do observador com o meio social. A repetição dos resultados dá margem ao surgimento das chamadas presunções *hominis*, as quais, nada mais revelam do que o direito aparente na concepção do que é justo e atual; e podem ser utilizadas como proposições argumentativas de decisão judicial. A vantagem da prática é a de fazer com que o Direito cumpra a sua finalidade de atuar sobre as tensões sociais, de forma efetiva.

O juízo de probabilidade, ao contrário do de verossimilitude, não decorre da aparência do direito por indução, mas da percepção de dados concretos traduzidos no processo judicial. A aquisição do conhecimento é necessária para possibilitar a argumentação judicial, não com vistas ao estabelecimento de verdades absolutas, mas de certeza do caso concreto, que é subjetiva ante a pessoalidade do agente judicial. A probabilidade suficiente retira o juiz daquele estado de angústia que a procura da certeza objetiva, verdade real, impõe-lhe. O juízo de probabilidade permite que o julgador conviva com as suas limitações, e bem assim, que ele não se transforme no algoz do processo judicial, contaminando a sua essencialidade como instrumento de paz social que é. Julga-se com segurança, não quando se procura o humanamente inalcançável, mas quando se atinge um número suficiente de dados que conexiados entre si, possibilitem a argumentação silogística, com fundamento na instrução processual.

A argumentação judicial é fruto de análise realística e funcional. Não é o desenvolvimento meramente hipotético, e nem a retórica do que poderia ser. E aí situam-se os juízos de verossimilitude e probabilidade como concepções de julgamento hábeis a ensejar a teleologia da Jurisdição e do Processo judicial que lhe serve de instrumento, sempre tendo em vista não a segurança jurídica inatingível, mas a efetividade da função jurisdicional atenciosa com os valores da Justiça do caso concreto.

V - CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, ousou reflexionar sobre o assentado pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, em sua “Instrumentalidade do Processo”, onde com proficiência alude: “... *Mesmo não sendo o juiz equiparado ao legislador, o seu momento de decisão é um momento valorativo e, por isso,*

é preciso que ele valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. Ele tem na Lei o seu limite, não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade, mas esses limites têm valor relativo, a saber: sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pelo que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador ... Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério. ...”. (“A Instrumentalidade do Processo”. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990, p. 458).

Lição sobre formação de juízo. A solução do litígio é a resultante da aplicação do Direito. E a aplicação advém com a demanda e o processo judicial, onde ao julgador impõe-se a percepção da normativa adequada e a valoração das provas ante os fatos principais do conflito. A percepção é indutiva, exercício de raciocínio, e a valoração dedutiva, relação numérica aferível concretamente. O juízo de verossimilitude estimula-se pela percepção indutiva do Direito, a possibilidade (não verdade absoluta) do complexo normativo que encerra, conformar-se como solução razoável do caso submetido a julgamento. E aí entram os ingredientes da atualidade e da escala axiológica da sociedade, além dos fins sociais da norma, contextura solidarista do ordenamento constitucional, e os padrões de justiça social. O final deve revelar a chamada regra de justiça, conclusiva da argumentação judicial a preambular o comando das decisões.

Quanto ao juízo de probabilidade, este é numérico, dedutivo, como dito. É o juízo dos fatos e das provas. Decide-se com segurança, quando o somatório dos dados traduzidos pelas provas alcançar patamar de suficiência dentro de um senso comum.

A argumentação do julgamento, trabalho de formação do **decisum**, deve se instruir na verossimilhança e na probabilidade, induções e deduções hauridas do processo judicial que é instrumento essencialmente dialético hábil e capaz de legitimar a função jurisdicional, de aplicação do Direito, como certeza jurídica do caso concreto, e não como meio para a revelação de verdades e certezas absolutas. ◆

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E O IMPOSTO DE RENDA

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO
Desembargador TJ/RJ

1 - INTRODUÇÃO

A questão de retenção de imposto de renda, em razão do pagamento de indenizações por danos morais, começa ser recorrente nos pretórios brasileiros, ensejando decisões díspares acerca de sua facultatividade ou obrigatoriedade.

Cuida-se de saber se as importâncias relativas a indenizações por danos morais, determinadas por condenação judicial, estão ou não sujeitas à incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se a elas é aplicável o regime de tributação na fonte, hipótese na qual caberá à pessoa condenada efetuar a retenção do tributo e entregar ao beneficiário da indenização o valor líquido.

O ponto nodal da questão tratada é a perquirição se a indenização devida por força de sentença judicial sofre ou não a incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se tal incidência tributária ocorre mediante retenção na fonte a cargo da pessoa obrigada ao pagamento da indenização.

Inicialmente cabe destacar que “indenização” não é rendimento, não é renda, não é acréscimo patrimonial, não é provento de qualquer natureza. É simples compensação do patrimônio do lesado, seja esse patrimônio material ou moral.

Como sugere o próprio étimo da palavra, *indenizar* é “tornar indene”, é “repor o patrimônio lesado no seu *status quo ante* do ato ilícito que causou o prejuízo”. Trata-se, pois, de mera compensação do patrimônio (material ou moral) desfalcado, nunca de acréscimo real a esse patrimônio.

Ensina De Plácido e Silva que a indenização “traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofrido (danos), ou ainda de acrescê-los dos proventos a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho.” (**Vocabulário**

Jurídico, v. I, p. 452/3, 1987, Forense). E, ao tratar especificamente da indenização por dano moral, pontifica o Mestre que ela se funda “no prejuízo material ressarcível, isto é, quando o interesse moral seja de tal ordem que se mostre conversível numa prestação pecuniária, por haver provocado um efetivo desfalque patrimonial”.

Acerca do tema, diversas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já prolataram decisões em três direções: pela obrigatoriedade, pela sua não-incidência e, finalmente, pela remessa da solução da questão para o âmbito da Justiça Federal, tendo em vista a circunstância de ser o imposto de renda um tributo federal - CF, art. 153, III, e CTN, art. 43 - a reclamar o pronunciamento da instância própria para o exame da matéria.

As primeiras decisões sobre a inusitada questão foram simples e sumárias, sob o argumento de que à Justiça Estadual não caberia o papel de fiscalização do pagamento do imposto de renda.¹

Secundariamente foram apreciadas, por via de agravo, as pretensões dos sujeitos devedores do pagamento de dano moral, especialmente de entidades de crédito de procederem ao desconto do imposto na fonte, remetendo-se a indagação sobre o seu cabimento para a Justiça Federal, com a conseqüente posterior eventual restituição ao credor se ele for devido.²

Impressionou à Câmara, a circunstancial manifestação pela sua obrigatoriedade, a resposta dada pela autoridade fazendeira em consulta sobre o tema em seu manual fazendeiro, especialmente em seu site na Internet, (tópico 200 do Manual de Perguntas e Respostas, verbete Indenização por danos morais).

Em recente acórdão da 2ª Câmara Cível, Rel. o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO decidiu, pelo seu descabimento, pois “não sendo a indenização, salvo a decorrente de lucros cessantes, fonte de lucro ou de rendimento, não pode ser considerada fato gerador do imposto de renda. Descabida, portanto, a retenção de tal imposto quando do pagamento de indenização por dano moral, pelo que deve a Justiça Estadual afastá-la nos feitos de sua competência”, justificando-se a decisão de que “não há nenhum dispositivo legal que contemple a indenização pelo dano moral

¹ Acórdão da 7ª Câmara Cível, Rel. a Des. Marly Macedônio França, Ag. Nº 389/2000.

² Acórdão da 16ª Câmara Cível, Rel. o Des. Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, Ag. Nº 1341/2000, onde foi observado com ironia que a Receita Federal tornar-se-ia sócia do dano moral sofrido pelos contribuintes.

como fato gerador do imposto de renda, e nem poderia ser diferente pela simples razão de não ter tal indenização natureza de rendimentos. Tanto a Lei nº 7.713/88 (art. 7º e §§ 1º e 2º) como a Lei nº 8.541/92 (art. 46 e §§ 1º e 2º) determinam a retenção na fonte apenas nos casos de juros e indenizações por lucros cessantes, que nada têm a ver com indenização por dano moral. Esta, como sabido, tem caráter compensatório pela dor, vexame, humilhação, sofrimento etc., sofridos pela vítima.”³

Em acórdão proferido no Agravo nº 2241/00, sob minha relatoria, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu-se à unanimidade que “a indenização por dano moral não representa acréscimo patrimonial, mas apenas a sua compensação pela violação de direito subjetivo ofendido.”

Todavia, pretende-se demonstrar, à luz da perspectiva dogmática vertical, com combinação de preceitos conceituais de direito civil e do próprio direito tributário, o erro de entendimento no sentido positivo e o acerto da não-incidência de imposto de renda sobre este tipo de indenização.

2 - CONCEITUAÇÃO DE DANO MORAL

O dano moral tem uma gama variada de conceituação.

A partir do conceito fundamental de GABBA, o dano moral é aquele que não atinge o patrimônio de alguém (conf. **Dicionário Prático de Direito Privado**, SCIALOJA, p. 543, nº 3).

Sob a ótica do direito positivo brasileiro, já dissertava WALTER MORAIS:

“O que se chama de ‘dano moral’ é, não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois, se houve diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1553); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra ‘dano’ é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no patrimônio. A

³ Agravo de Instrumento nº 2469/00.

indenização pelo dano moral tem aspecto absurdo porque não havia dano nem, por conseguinte, diminuição no patrimônio. E o dinheiro que o devedor paga não indeniza. O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irreduzíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo ‘moral’ segue o uso da doutrina francesa onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrassem no campo da moral. Daí também a necessária explicação do fenômeno no sentido de que a indenização por dano moral obraria como medida consolatória para vítima de um mal irremediável no seu gênero. Há algo de compensação, mas de compensação realmente não se trata, porquanto não há termo ou medida de equivalência. Tampouco se trata de pena, já que as penas, também as civis, operam muito mais como medidas repressivas e muito menos como soluções reparativas. Terceira consequência de tal singularidade, é que o dito ‘dano moral’ não é indenizável a não ser nas hipóteses em que o introduz a lei no ordenamento de modo expresse (visto que a espécie de artefato legal se apresenta como excrescência lógica da ordem jurídica): é o que demonstraram muito, e é o que estabeleceu o art. 253 do Código Civil alemão, contrariando certamente os exaltados partidários da aplicação geral da espécie” (cf. Melo da Silva, “O Dano Moral”, 24-28) (RT 650/65).”

Para Yussef Cahali é possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores etc.

Já o jurista francês SAVATIER nos legou uma noção de dano moral clássica observando que o dano moral é como “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 inteligên-

cia, as suas afeições etc. (**Traité de la responsabilité civile**, v. II, n. 525).

Finalmente, na concisa noção de PONTES DE MIRANDA, “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio” (**Tratado**, v. XXVI, § 3.108, p. 30).

3 - INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA

Estabelecidos estes pressupostos básicos, cuida-se de indagar que a incidência de imposto de renda na fonte do pagamento de verbas indenizatórias de danos morais é supostamente autorizada pela interpretação do art. 46 da Lei nº 8.541/92, consolidada no art. 718 do Decreto 3.000/99 que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda, nos seguintes termos:

“Art. 718. O imposto incidente sobre os rendimentos tributáveis pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte, quando for o caso, pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

§ 1º. Fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, nos casos de:

I – juros e indenizações por lucros cessantes;

II – honorários advocatícios;

III – remuneração pela prestação de serviços no curso do processo judicial, tais como serviços de engenheiro, médico, contador, leiloeiro, perito, assistente técnico, avaliador, síndico, testamenteiro e liquidante.

§ 2º. Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês do pagamento.

§ 3º. O imposto incidirá sobre o total dos rendimentos pagos, inclusive o rendimento abonado pela instituição financeira depositária, no caso de o pagamento ser efetuado mediante levantamento do depósito judicial.”

Da interpretação da supracitada norma legal, depreende-se que a obrigatoriedade de retenção, na fonte, do imposto de renda ocorre

em relação a pagamentos que se caracterizam como “rendimentos tributáveis”.

A questão a ser analisada, portanto, consiste em definir quando os mencionados pagamentos podem ser considerados “rendimentos tributáveis”, a ensejar a tributação de que se cogita, especificamente quando se referirem a “indenizações por danos morais”.

Cumpra assinalar que a legislação tributária não dispõe expressamente acerca da tributação pelo imposto de renda incidente sobre os valores pagos a título de indenização por dano moral. Nesse sentido, para determinar se ocorre tal tributação, deve-se, inicialmente, definir a natureza jurídico-tributária dos pagamentos referentes a indenizações por danos morais.

Assim é que, o art. 37 do RIR, que tem como matriz legal as disposições do art. 43, da Lei nº 5.172/66 e do art. 3º da Lei nº 7.713/88, determina que constituem rendimento bruto (e portanto sujeitos à tributação):

“todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados”.

O art. 38 do RIR (matriz legal: art. 3º da Lei nº 7.713/88), por seu turno, dispõe que:

“a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização jurídica ou da nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte, por qualquer forma e a qualquer título”.

Assim, à luz do que preceituam os citados dispositivos normativos, pode-se afirmar que a Secretaria da Receita Federal, em geral, considera incidente o imposto de renda sobre qualquer acréscimo patrimonial, sendo o mesmo exigível do contribuinte, salvo quando existir norma expressa isentando seu recolhimento.

Nesse sentido, impõe-se verificar que, em relação ao pagamento de indenizações por danos patrimoniais, as normas consolidadas no art. 39 do RIR expressamente isentam de tributação uma série de verbas indenizatórias,

conforme o conteúdo dos incisos que o compõem, que, a título ilustrativo, transcritos a seguir:

“Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

XVI – indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado pela condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas;

XVII – indenização por acidente de trabalho;

XVIII – indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato;

(...)

XX – indenização e aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

XXI – a indenização em virtude de desapropriação para fins de reforma agrária, quando auferida pelo desapropriado;

XXII – a indenização recebida por liquidação de sinistro, furto ou roubo, relativo ao objeto segurado;

(...)”

Da análise desses dispositivos, pode-se concluir que as isenções de que se trata decorrem do conceito de “indenização”, no sentido de reparação de um dano incorrido pela parte vitimada, de tal sorte que os valores por esta percebidos, a título de verbas indenizatórias, não se traduziriam em um acréscimo ao seu patrimônio, mas sim na compensação de tal patrimônio, desfalcado por dano pretérito.

4 - A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O entendimento de que as verbas indenizatórias não se sujeitam à tributação pelo Imposto de Renda foi adotado pela 1ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, como se infere da seguinte decisão:

“PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – NÃO INCIDÊNCIA.

As verbas rescisórias especiais recebidas pelo trabalhador quando da extinção do contrato de trabalho por dispensa incentivada têm caráter indenizatório, não ensejando acréscimo patrimonial. Disso decorre a impossibilidade da incidência do imposto de renda sobre as mesmas.”

(Ac. un. da 1ª T do STJ, em 06.10.97 – REsp 146.933/SP – DJU 17.11.97, pág. 59473).

Nessa mesma linha de raciocínio, à luz da legislação tributária em vigor, pode-se afirmar que indenizações por lucros cessantes estão sujeitas à tributação pelo imposto de renda, pois, nesses casos, o pagamento representa não uma “compensação”, mas sim um efetivo acréscimo patrimonial, que a parte lesada faz jus, em virtude de decisão judicial que reconheceu a existência de ato ilícito praticado pela outra parte, o qual teve como consequência privar a primeira da percepção de algum rendimento.

5 - A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

No tocante às indenizações devidas por danos morais, cumpre sinalizar que o entendimento da mais abalizada doutrina aponta no sentido de que, os valores pagos a esse título, não corresponderiam a uma reparação por dano sofrido. Ao contrário, consistiriam em uma compensação financeira pelo sofrimento ocasionado pelo dano.

Diversamente do que ocorre em relação a reparações por *danos patrimoniais*, a *indenização por danos morais*, de acordo com o entendimento acima indicado, não colocaria a parte lesada na situação em que estaria se o dano não tivesse ocorrido, mas teria por finalidade compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial, insuscetível de avaliação econômica.

Esta construção dogmática é lógica e superior, estando em harmonia com os princípios civilistas sobre a natureza jurídica da indenização por danos morais.

Por outro lado, seria útil invocar-se as sempre precisas lições de HUGO DE BRITO MACHADO, no seu festejado **Curso de Direito Tributário**, 11ª edição, Malheiros Editores, p. 216/216, quando analisa com profundidade a natureza tributária do imposto de renda, a partir do seu fato gerador:

“O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda (CTN, art. 43).”

Concluiu o insigne tributarista, com lição aplicável ao tema em exame, afirmando que:

“O sistema tributário disciplinado na Constituição, o Código Tributário Nacional deixou essa questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda acréscimo.”

No mesmo sentido, a lição de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA (“Imposto de Renda”, **APEC**, p. 2 e 21) :

“O sentido vulgar de renda é o produto do capital ou trabalho, o termo é usado como sinônimo de lucros, juros, aluguéis, proventos ou receitas.

A expressão ‘proventos’ é empregada como sinônimo de pensão, crédito, proveito ou lucro. No sentido vulgar, tanto a expressão ‘renda’ quanto a ‘proventos’ implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida.

Esta conotação justificaria, por si só, a afirmação de que as concepções doutrinárias de renda pessoal que melhor se ajustam ao nosso sistema constitucional são da renda como fluxo, e não de acréscimos (ou cumulação) de poder econômico ou de patrimonial líquido.”

6 - CONCLUSÃO

Conclusivamente, cabe ressaltar que as indenizações devidas por danos morais não corresponderiam a uma *reparação por dano sofrido*. Ao contrário, consistiriam numa compensação financeira ocasionada pelo dano sofrido.

Diversamente do que ocorre com relação a *reparação por danos patrimoniais*, a *indenização por danos morais* teria por objeto compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial e subjetivo impassível de apreciação econômica.

Frise-se, afinal, que o STJ já formou jurisprudência no sentido que não há incidência do imposto de renda sobre férias não gozadas, licenças-prêmios, e também sobre as verbas indenizatórias do Programa de Demissão Voluntária, matéria esta, inclusive, sumulada sob o nº 215.

No caso do aviso prévio e do FGTS, a isenção também é assegurada pela Lei nº 7.713 de 1998.

Daí pode-se inferir, iniludivelmente, que a indenização por danos morais não representa um *acréscimo patrimonial*, mas apenas uma *compensação* pela violação de direito subjetivo, sendo esta a diretriz recomendável para uma saudável interpretação jurisprudencial! ◆

A DISCRIMINAÇÃO DE RENDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A BUSCA DE UM NOVO MODELO FEDERATIVO EM MUNDO MARCADO PELA GLOBALIZAÇÃO DOS MERCADOS

ERNANI DE PAIVA SIMÕES

Advogado. Professor de Direito Tributário

Desde a primeira constituição republicana, elaborada sob a inspiração do modelo norte-americano, vem o Brasil alternando soluções quase centrípetas, unitárias (como em 1937 e 1967/9) onde se mostrava imperceptível o laço federativo, com outras de nível centrífugo, libertário, onde se acentuava talvez demasiadamente o poder dos estados e municípios, componentes do pacto nacional (1891, 1934, 1946 e principalmente 1988).

Em 1946 a constituição votada procurara impedir a volta do fascismo de 1937, tanto quanto, em 1988, se planejou afastar para sempre o fantasma do poder militar, donde a adoção de fórmulas hiperliberais, ingênuas, sem possibilidade de duração.

A Constituição Federal de 1967 acentuara tão vivamente a hegemonia do poder central, que à União era lícita a concessão de renúncias fiscais alusivas a impostos fora de sua área de competência, em havendo, no dizer do constituinte autocrata, “*relevante interesse social ou econômico nacional*”.¹

Já no modelo vitorioso em 1988 atribuiu-se tamanha relevância política e fiscal a estados e municípios que o então Presidente da República, Sr. José Sarney, considerou o país ingovernável, após o advento da nova Lei

¹. Constituição Federal de 1969 (Emenda nº 1), artigo 19, § 2º.

Magna, principalmente pela adoção de fórmula de distribuição de rendas danosa à União.

Outra não foi a opinião de seus sucessores, Fernando Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso.

Certamente o legislador constituinte de 1988, preocupado excessivamente em impedir a volta de um modelo autoritário militar, não soubera resistir a grupos lobistas de pressão.

O fato real é que as atuais condições socioeconômicas e políticas brasileiras vêm-se mostrando infensas a fórmulas constitucionais demasiado rígidas, como as vitoriosas em 1988. Talvez o ideal fosse outorgar ao país uma constituição sintética do tipo japonês, composta de meros programas a serem estruturados através de leis complementares, sujeitas ao quorum especial. Tanto isso é verdade que, em cerca de uma década, a lei maior, alcinhada pelo ingênuo mas simpático Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, de Constituição-Coragem ou Constituição-Cidadã, criada para durar eternamente e proporcionar felicidade a todos os concidadãos, teria que ser modificada expressivamente, principalmente na área econômica e tributária, para atender às necessidades de adequação ao impacto universal da chamada globalização. Dez anos decorridos de sua vigência, 30 emendas aprovadas arduamente por quorum quase inatingível, demonstram tal inadequação.

As grandes falhas da Constituição de 1988 são, sem dúvida, em primeiro lugar o seu “excesso de normativismo”², a tentativa de resolver, via norma, problemas estruturais da economia e seus aspectos na área social; em segundo lugar o revanchismo político que levou o legislador constituinte a exagerar na área dos direitos individuais, para adotar institutos que não lograram eficácia material, como o *habeas data* e o mandado de injunção, além de inviável tabelamento de juros do artigo 192³.

Tivesse o surto de reconstitucionalização ocorrido após o fim do bolchevismo soviético e certamente a Constituição Federal não teria caminhado no sentido que Mario Henrique Simonsen chamaria de contramão da História.

² Miguel Reale - Conferência pronunciada no IAB em 04/06/1989.

³ O autor foi ironizado em Moscou em novembro de 1988, quando convidado a discutir, na Casa da Amizade, com juristas soviéticos que falavam o espanhol e entendiam o português, em pergunta sobre o tabelamento constitucional dos juros do Brasil, para eles uma impossibilidade lógica de país às voltas com enormes dívidas internas e externas, sujeitas naturalmente aos influxos das taxas prevaletentes no mercado financeiro internacional.

Mas não fora somente o grande homem público supracitado a mostrar a inviabilidade aritmética de uma Lei Magna que faria a União perder os três impostos chamados únicos, o imposto sobre transportes e sobre comunicações, além de aumentar os quinhões dos entes menores no Fundo de Participação. Ives Gandra da Silva Martins, jurista com formação econômica, já em 1988, mostrava, com palavras proféticas, a inviabilidade aritmética da discriminação de rendas da nova Carta, acentuando, em conhecida *boutade*, que a Constituição Federal não cabia no PIB⁴.

Geraldo de Camargo Vidigal, jurista e sociólogo, realçou igualmente, em idênticas mas candentes palavras, a inviabilidade da Constituição Brasileira, no tocante à adoção do velho mecanismo de a União gastar além de suas possibilidades e distribuir aos outros entes federativos recursos certamente inexistentes, ou obteníveis mediante o compromisso com a velha máquina inflacionária⁵.

4. **Comentários à Constituição Federal**, artigo 157, em colaboração com Celso Ribeiro Bastos: E. Saraiva, 1991.

5. “Não estava nas forças da União derrotar a inflação por decretos e por artifícios financeiros. Tentou-os, porém, insistentemente. Podia ela restituir déficits, despesas e endividamento. Ao revés, ampliou-os sempre.

Por esse vício fundamental do Brasil de nossos dias, é que se deve temer possam fracassar esforços para fazer reverter tendências.

Será irrelevante acertar nas afirmações constitucionais voltadas para o longo prazo, se não tiverem sido assegurados, para o curto prazo, os mecanismos que inviabilizem transição - e assim permitam estabilidade institucional.

O mal econômico fundamental do Brasil de nossos dias é gastar a União brasileira mais do que ganha, isto é, despende mais do que os tributos e preços públicos que arrecada.

Esse era o problema para o qual uma Constituinte lúcida deveria dar soluções. Mas a Constituinte adiou todos os problemas de finanças públicas. O art. 163, I, remete para uma lei complementar a disciplina das finanças públicas. O art. 165, § 9º, incisos I e II, deixou para uma lei complementar disciplinar o planejamento; e, enquanto não se chega a essas leis, os erros no curto prazo poderão conduzir à destruição da economia brasileira e inviabilizar as aspirações a longo prazo.

E esse mal foi agravado, na nova Constituição, por três diferentes vias: transferiram-se aos Estados e Municípios rendas que até agora eram da União; atribuíram-se ao funcionalismo da administração estatal direta e indireta poderes e forças que impedirão a União de tentar reduzir suas despesas de pessoal; não se previram mecanismos pelos quais possa a União equilibrar receitas/despesas.

Por esse motivo, lamento crer em que será desastrosa a nova Constituição. Falhou a Assembléia Constituinte, ao não cuidar, como devia, da viabilização do país no curto prazo.

Ninguém pode, duradouramente, despende mais do que ganha - senão no limite de reservas anteriormente constituídas que, nesse caso, se dissolverão progressivamente, e do crédito que, porventura, tenha o dilapidador de recursos, que igualmente se extinguirá, ante excessos em sua utilização.

Quer as reservas existentes, quer o crédito de que disponha o pródigo, repita-se, rapidamente se esgotarão, quando forem utilizados imoderadamente” (**A Constituição Brasileira - Interpretação**: AIDE - Academia Internacional de Direito e Economia/Fundação Dom Cabral/Forense Universitária, 1988, p. 5).

Além de transferir generosamente novos impostos, antes federais, para a área estadual a Constituição-Coragem abrigou-os na mesma rubrica do velho ICM, criando o ICMS e atribuindo não cumulatividade a tais serviços (transporte e comunicação), para a massa de tributos abrigar-se no novo e complexo imposto.

O ICM, que já nascera sob crise, tanto que o Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 e mais tarde a Lei Complementar 24, de 07/01/75, tentavam impedir as batalhas entre os estados pela repartição das receitas nas operações interestaduais e nas renúncias fiscais, em busca de novos investimentos, com tantos equívocos, tornou-se hoje condenado a funeral inevitável, até mesmo por obra do Tratado de Assunção que nos obrigará a criar um imposto federal sobre o valor agregado, pela fusão do IPI e ICMS.

Aliás, já desde a sua criação o ICM, transplantado de países de estruturas unitárias de poder (França, Itália), já se mostrara inadaptação ao esquema federativo.

Contendas e disputas entre os estados obrigaram, como já se afirmou acima, o poder militar autocrata a romper com o CTN, revogando o Decreto-Lei 406 toda a estrutura legal do ICM, além de o mesmo fazer com o ISS, na tentativa de também procurar solver os dissídios entre Estados e Municípios a propósito da prevalência da unidade captadora dos impostos na ocorrência de operações mistas (fornecimento de mercadorias e serviços ao mesmo tempo).

Com o recrudescimento da chamada guerra fiscal nos últimos 5 anos entre os estados, que procuravam com renúncias fiscais atrair investimentos das grandes multinacionais da área automobilística, em que se abandonaram os comandos da Lei Complementar 24, e a necessidade do pronunciamento unânime dos estados vinculados no CONFAZ, já se chegou fatalmente à urgência da revogação das leis estaduais, para atribuir contorno federal ao ICMS, unindo-o ao IPI federal.

Isso se conseguirmos vencer as resistências de juristas, conservadores, como os procuradores do Estado do Rio de Janeiro⁶ que vêem, em interpretação estrita do artigo 60, § 4º, a persistência do ICMS com alma federativa

⁶ João Guilherme de Moraes Sauer, notável jurista de nossa geração, sustentara, na Tribuna do IAB, há cerca de 5 anos, a impossibilidade de o Congresso Nacional acatar emenda constitucional que desnaturasse o contorno constitucional vigente do ICMS, pois tal procedimento estaria inviabilizado pelo argumento pétreo do artigo 60, § 4º, inciso I da Lei Magna.

e, portanto, insuscetível de ser objeto sequer de emenda constitucional, por tratar-se de cláusula pétrea, formulada para perene presença no cenário jurídico brasileiro, a menos que derrubada por poder constituinte novel, nascido de poder revolucionário.

Certamente o que acima afirmamos não representa a unanimidade do pensamento dos juristas e economistas do país.

Fabio Konder Comparato, jurista de escol, doutor em Direito pela Universidade de Paris, certamente um dos cinco maiores comercialistas brasileiros vivos, ainda recentemente, em artigo publicado na **Folha de São Paulo**, lamentava, em palavras tórridas, quase maniqueístas, tanto quanto as dos juristas acima elencados, a “morte espiritual” e prematura da Constituição-Cidadã, alcunhando-a de, hoje, simples “pedaço de papel por obra e graça de um presidente de estilo imperial”⁷.

José Carlos Barbosa Moreira, certamente o maior de nossos processualistas de todos os tempos, pelo invulgar talento associado à enorme dedicação ao estudo revelada já nos bancos escolares da antiga Faculdade Nacional de Direito, possui idênticas preocupações. Lamenta que, antes de fazer-se a reforma da Carta, para outros prematuramente envelhecida, melhor seria providenciar-se a votação das leis complementares indispensáveis à sua correta aplicação, desde o novo Código Tributário Nacional até a disciplina do sistema financeiro exigida pelo artigo 192 da Lei Magna, o qual, em seu § 3º, tentara estipular limite de 12% para os chamados juros reais.

Pelo visto o notável jurista, preso por necessidades de especialização ao Direito Processual, sequer notou os equívocos da nova ordem tributária constitucional, além de não perceber a total inadequação do aprisionamento dos juros em norma constitucional⁸.

A grande maioria dos juristas, vinculados ao velho marxismo ou simpatizantes das chamadas utopias sociais, de cuja corrente nos desligamos em 1988, após longa viagem pela então União Soviética, coloca-se no mesmo diapasão, como o demonstram pronunciamentos recentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do vetusto Instituto dos Advogados Brasileiros, ambos dominados que se encontram, pelo menos nos

7. “Uma morte espiritual” - Fabio Konder Comparato - **Folha de São Paulo** de 05/09/1998.

8. Discurso no IAB ao receber, com inteiro mérito, o Prêmio Teixeira de Freitas.

últimos seis anos, por fortes correntes de pensamento, infensas ao chamado neo-liberalismo e presas a um constitucionalismo *à outrance*.

Quanto aos denominados tributaristas da velha escola kelseniana, principalmente os paulistas, aos quais, ressaltamos por elementar justiça, o direito financeiro muito deve, em matéria de interpretação e busca da lógica do sistema, até por formação se filiam à corrente conservadora, que deseja manter intocada a Constituição de 1988. Trata-se, aliás, de tarefa agora assaz difícil pelo terremoto provocado no Brasil pela abertura dos portos, eliminação do guarda-chuva tarifário e crise dos países asiáticos que quase demoliu o chamado Plano Real.

Este velho escriba, hoje filiado à corrente sociológica de Norberto Bobbio, que vê no direito uma ciência de solução de conflitos sociais, certamente à base de técnicas lógico-normativas, mas profundamente influenciada pelas mudanças de base econômica e social, considera inaceitável a prisão das normas tanto na escravidão do marxismo, quanto no absentismo kelseniano.

Admitindo como impossível o fechamento da passagem entre as *ciências do ser* e as do *dever-ser*, Norberto Bobbio, com sua autoridade de ex-positivista jurídico, lamenta a tendência dessa escola em vincular-se somente à interpretação do direito, não vendo no jurista compromisso maior para com a **criação** do direito, tarefa muito mais importante que a da simples *interpretação*.

E para contrapor-se aos que vêem em Hans Kelsen o maior jurista do século XX, tal como ouvimos de ilustres juristas e procuradores do Estado do Rio de Janeiro, do porte de Letacio Jansen, Arthur José Faveret Cavalcante e João Guilherme de Moares Sauer, basta transcrever os resumos finais de Norberto Bobbio, em sua obra de crítica ao Positivismo Jurídico⁹:

“A concepção juspositivista da ciência jurídica sofreu forte declínio no nosso século. Hoje, o movimento do pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma dada realidade (o direito considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos

⁹ **O Positivismo Jurídico**, Ícone Editora, tradução de Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, p. 212.

humanos (particularmente prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar).”

É por essa falência de magníficos espíritos, presos ao direito como lógica apenas, desdenhando suas contribuições na etapa da criação e atualização às novas realidades econômicas e sociais, que se pôde construir modelo jurídico tão inadequado à realidade dos fatos econômicos, como o sistema constitucional tributário da Lei Magna de 1988. Já não se podia contar então com Aliomar Baleeiro e Rubens Gomes de Souza que viam o Direito Tributário jungido às lições da velha Ciência das Finanças. Nem com o apoio do mestre Gilberto de Ulhoa Canto, já enfraquecido pelo peso dos anos, e preocupado com a carga de trabalho quase desumana, decorrente da necessidade de dirigir seu notável escritório e a ABDF, talvez duas das suas maiores missões.

Explicado, pois, como vimos o divórcio do excessivo e inadequado normativismo da Constituição que já nascera velha, porque anterior à implosão do sistema soviético e do fim da bipolaridade de forças políticas mundiais, resta emitir nossa opinião sobre o rígido sistema tributário, tradição de nossas constituições republicanas desde 1934 e 1946 (timidamente) até esse monumento de casuísmos e regras incoerentes, que é o texto de 1988, tal como insculpido pelo legislador-constituente desastrado, antes das emendas lenitivas que apenas melhoraram o intrinsecamente mau.

Esqueçamos as cláusulas pétreas, monumentos do velho constitucionalismo, que vê diferença certamente inexistente entre um deputado constituinte e um deputado formal, embora o sistema eleitoral que os gerou seja efetivamente o mesmo, ressalvado os casos de revolução e imposição do poder revolucionário que, mesmo assim, não podem impedir, *ex vi* de resquícios iluministas, a alteração de cláusulas constitucionais anacrônicas, restritivas à adaptação do texto à inexorável reforma da economia e finanças internacionais.

Os dez anos que antecedem ao fim do milênio mostram o fenômeno da globalização, gostemos ou não de seus efeitos, uma realidade impossível de ignorar-se a menos que nos tranquemos em um sistema autárquico, semelhante ao de Cuba, ignorando a evolução da ciência e colocando-nos à margem de atualização tecnológica. O Tratado de Assunção, assinado pelo Poder Executivo e aprovado pelo Senado Federal, já significa renúncia à soberania plena do país, pois teremos de alterar a curto prazo nosso precário

e deficiente sistema tributário, para adaptá-lo às exigências do Mercosul.

É o exemplo de Portugal que teve de adequar sua constituição marxista da Revolução dos Cravos aos galopes, ignorando as inúmeras cláusulas pétreas, para inserir-se nos quadros da Comunidade Econômica Européia¹⁰.

Disposições de Tratados da Comunidade Européia obrigaram à derrogação formal de textos da Constituição Portuguesa, protegidos com cláusulas pétreas, ali chamadas, no artigo 290, de *limites materiais da revisão*, de cerca de quatro dezenas a apenas 15 e isso somente na primeira revisão de 1982.

O novo esquema de globalização alterou, pois, profundamente o velho conceito nacionalista de soberania, expresso tão perfeitamente por Leon Duguit e por nossos constitucionalistas clássicos, bebedores nas águas da escola francesa de André Hauriou, italiana de Paolo Biscaretti de Ruffia, ou americana de Marshall.

O Estado-Nação clássico é aquele que, nas palavras de Habermas, “vigia quase neuroticamente suas fronteiras”.

Globalização significa, entretanto, uma quebra, uma ruptura com o passado, já que as novas relações de produção, conduzidas pela velocidade enorme das informações, tendem a escapar às políticas locais, mesmo que protegidas pelos ditames das chamadas cláusulas pétreas.

Já não falamos de estados-nações como Estados Unidos, Japão, União Soviética e potências européas.

Agora a realidade são blocos econômicos, o Nafta, a Comunidade Econômica Européia, o Mercosul, em fenômeno surpreendente de superação do conceito de soberania, o único capaz de explicar a adoção, por países inimigos de séculos, como França e Alemanha, de vínculo comum, qual seja a identidade de moedas.

Aliás, a globalização dos mercados produz tal influxo na área jurídica que já se antecipa como provável a desmaterialização da moeda, substituída por dado eletrônico.

Os títulos de crédito, com a supressão em quase toda a parte da cláusula ao portador, se transformaram paulatinamente em “extratos de conta”, perdendo a cartularidade que enchia de prazer os leitores de Tulio Ascarelli e

¹⁰ **Constituição da República Portuguesa** - Primeira Revisão 1982 - Imprensa Nacional - Casa da Moeda.

dos velhos comercialistas de quase cinco séculos. Institutos seculares, como o aval e o endosso, perdem paulatinamente sua expressão.

Ocorrem, porém, outros fenômenos jurídicos, acarretados pelo terremoto da globalização, fruto indiscutível da órbita econômica, política e social que nem os positivistas-jurídicos, como sempre mais ligados no *de lege lata* que no *de lege ferenda*, podem negar: a desconstitucionalização, a deslegalização ou flexibilização dos direitos sociais, essa última inserida nos comandos da terceirização, a que, no Brasil, até o Estado e as empresas estatais vêm recorrendo, na sua busca à adoção de custos de produção menores, capazes de enfrentar a concorrência internacional.

Do Estado liberal do século passado, que sobreviveu até o fim da 1ª Guerra Mundial e encontrou seu fim na crise de 1929, quando surgiu, nas pegadas de John Keynes o chamado Estado Provedor, caímos, por imposição de custos, no Estado Mínimo Neo-Liberal, embora ainda forte em termos de intervenção legislativa na vida social e econômica.

Agora, chegamos ao Estado Informacional, se não a grupos de estados conhecidos por siglas internacionais, na esteira da conversão de um modelo clássico de produção em um sistema que tende a abalar as conquistas sociais dos empregados, sob a pressão da competição desleal dos estados asiáticos e pela redução da mão-de-obra, substituída pelo robô eletrônico.

O desemprego, chaga do capitalismo do fim da década de 20, torna-se agora fenômeno mundial, acossado que se encontra pela tecnologia robótica, em termos de produção, e pela indispensabilidade da redução de custos, que obrigará, um dia, a minoração da carga social sobre a folha de pagamento das empresas brasileiras para que, desprotegidas pelo guarda-chuva tarifário de tantos anos, possam competir com os Tigres Asiáticos no campo da exportação.

Para terminar esse pequeno estudo em que, à moda de Castro Rebello, se utiliza o método indutivo para, através do fenômeno econômico-financeiro da globalização, enfrentar-se as mudanças indispensáveis na ordem constitucional, cabe concluir a que tipo de federação esse país está fadado, se pretendermos manter a nossa unidade geográfica, milagre histórico que só encontra explicação no gênio colonial lusitano.

É certo que a solução pretendida por deputado mineiro do PT (Rafael Paranhos), a transformação do país em confederação de estados autônomos, certamente não seria solução adequada. Pois conhecemos da teoria política

e da história a tendência desse tipo de Estado a desagregar-se formando pequenas repúblicas, tal como na América Espanhola.

Tampouco dispõe de realidade a proposta radical e sulina do PT de transformar o Rio Grande do Sul em estado autônomo. O exemplo do Uruguai mostra a fragilidade de tal sugestão.

Cabe, então, para restaurar o equilíbrio federativo, instituir um modelo fiscal de discriminação de rendas mais adequado à realidade de um estado que tende a transformar-se em República do Mercosul, pelos imperativos da globalização.

O sistema tributário nacional, ora pleno de casuísmos constitucionais que não encontramos em qualquer nação, unitária ou federativa, seria desconstitucionalizado para inserir-se em grande Código Tributário Nacional.

Com isso, ficaríamos mais ágeis para, com quorum de maioria absoluta, alterar as regras jurídicas, à proporção que o fenômeno da globalização se fosse desenvolvendo em todo o mundo.

A norma jurídica, em sua formação e alteração, estará sempre dependente do modo como se organizem as formas de produção e de trocas comerciais num mundo em que o estado-nação se despe de símbolos até então eternos da soberania, para transformar-se em Estado Informacional, dialético por excelência, em eterna crise de mudanças.

Este escriba certamente não aprecia o que vem acontecendo no mundo após a queda do muro de Berlim, quando os chamados direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos são atropelados pelas novas regras do robotismo industrial e impiedosa competição entre grupos de estados transformados em Comunidades Econômicas, não ligadas pela mesma língua, moeda ou história, mas por necessidades prementes de um mundo em evolução.

Thomas Kuhn¹¹, epistemologista e sociólogo notável, já nos advertia na década de 70 que

“as ciências, por estarem direta ou indiretamente relacionadas com o modo de produção material e compromissadas com o sistema social, não podem ser pensadas sem o exame do universo ou ambiente econômico e político em que são produzidas.”

¹¹ Thomas Kuhn - **The structure of scientific revolutions**, Chicago University Press, 1970 - A tradução é do Prof. José Eduardo Campos de Oliveira Faria.

Tentar resolver tão complexos problemas, em mundo em ebulição, em que a tendência à aggrupação de etnias díspares pela necessidade de formarem blocos econômicos de competição, convive com fenômenos exasperantes como os da África tribal, o do radicalismo xiita dos fundamentalistas muçulmanos, ou das inexplicáveis lutas fratricidas da velha Irlanda, usando apenas as armas do normativismo kelseniano, é *perenizar* o conflito, tornando improvável qualquer sensata organização do Poder Judiciário.

O erudito professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, José Eduardo Campos de Oliveira Faria, em tese magnífica sob o título “O direito na economia globalizada” em síntese admirável mostra que, embora antipatizemos com o mundo da revolução robótica e com a insegurança provocada pelo fim do emprego, é indispensável teorizar sobre o “*entrechoque de diferentes correntes no âmbito do pensamento jurídico, a partir da erosão ou relativização do princípio da soberania*”¹², sob pena de renúncia a qualquer pretensão acadêmica séria.

Não vivemos mais os tempos das constituições estáveis. Estas serão amanhã como que rascunhos, de preferência sintéticos, sem aspirações à duração eterna ou cláusulas pétreas oriundas de um iluminismo que passou.

Resta finalmente lembrar ao leitor porventura discrepante, tanto do método como das conclusões aqui expostas - o mesmo valendo para os ilustres juristas partidários da Constituição-Cidadã ou de eventuais modelos semelhantes ao de 1988 - o caráter sempre precário de opiniões tão complexas como as aqui ora expostas.

Deseja, pois, nessas linhas finais, o autor transmitir suas escusas por eventuais desencontros e lembrar, como Mario Henrique Simonsen, pensador de inteligência robusta e tolerância excepcional que

“a humanidade pode produzir provas cabais de que uma proposição é falsa, mas raramente de que uma proposição é verdadeira... Isto é a origem da perplexidade dos filósofos. Como o mundo não pode sustentar esta perplexidade, resta uma única possibilidade prática: aceitar determinadas proposições como verdades provisórias,

¹². “O direito na economia globalizada” (tese) - 1997.

*até prova em contrário. Isso é o que denominaremos princípio da relatividade do conhecimento.”*¹³

Não há dúvida, conclui este expositor, que há uma verdade absoluta, como o sustentam os metafísicos. Mas essa verdade, essa “coisa em si” como já notara Kant há mais de 200 anos e o próprio bispo de Hipona séculos antes, a ela não temos acesso, pelo menos enquanto vivos.

Estará ela ao pé da eternidade? ◆

¹³ **Ensaaios analíticos:** E. Fundação Getúlio Vargas, 1994, p. 7.

FILOSOFIA DO MERCOSUL - UM DESAFIO*

CARLOS GERARDO GONZÁLEZ

Ministro do Superior Tribunal de Justiça da Província de Formosa - Argentina

Quando abordamos a problemática sobre a proteção jurídica no Mercado Comum, através da aplicação do Direito Comunitário, caminhamos, inexoravelmente, a um estudo comparado entre o Mercosul e a Comunidade Européia.

Aspectos como independência do Direito Comunitário em relação ao Direito Nacional Interno; aplicação direta do Direito Comunitário; primazia do Direito Comunitário e a tarefa de interpretação unificadora e vinculante de um Tribunal de Justiça Supranacional constituem os pontos essenciais, sob a ótica jurídica, para o processo de integração dos Estados membros (Mercosul) que tenha por objetivo a formação real de um mercado comum com preponderância da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, sem descuidar, obviamente, da vital importância entre os atores do processo como o constituem as pessoas físicas e/ou jurídicas que exigem desfrutar da suficiente segurança jurídica que venha permitir o cumprimento das normas próprias resultantes desse processo.

Cabe perguntar se é um problema que afeta somente à política, à economia, ao direito, à sociologia, à cultura, ou se existem, além destas, outra aresta não menos importante do que as já apontadas.

Se estamos observando o que os meios cotidianamente põem ao alcance da sociedade, o enfoque, se não é econômico, é político ou jurídico e, em títulos catastróficos, consumimos “Brasil trava as importações”, “Para Washington não importa a crise mundial”, “A justiça européia e a memória histórica”, “Os juízes e o Mercosul”, “Paraguai desvia a trajetória do Rio Pilcomayo”, “Aumenta o tráfico nas fronteiras” etc.

Primeiramente, o que preocupa é a consequência disso para nós que mantemos expectativas que são consumidas por absurdos erros, que a aber-

* Vertido do Espanhol por Elisabete Maria Costa da Silva.

ração financeira e seus promotores, com não camuflada falta de compaixão, produz com a destruição criativa, uma vez que estes fenômenos econômicos amplos minimizam o sofrimento de quem inocentemente se aferra às já conhecidas palavras de esperanças de que tudo poderia se solucionar através de medidas simples que clamam uma urgente resposta, e que se convertem em fatos dolorosos que subsistem e, ao que tudo indica, seguirão por muitos anos, uma vez que as economias do Mercosul perduram em sua natural instabilidade. Parafraseando John Kenneth Galbraith, professor emérito de Economia de Harvard, dizemos que “*subitamente se pode chegar à dolorosa correção quando uma vez mais fica a descoberto a extrema suscetibilidade da mente financeira*”, mas para não se equivocar, esta correção será sempre especulativa para obter certos efeitos.

Como tratar do problema? Partindo da premissa de que a experiência européia é o caminho adequado, mas sendo o projeto latino-americano, talvez mais ambicioso que o *corset* do Mercosul, este deve constituir o núcleo mesmo da abertura em direção ao nosso futuro histórico.

O caminho é retornar até nós mesmos, ou seja, ao que germinalmente e em essência já somos, e considerar o futuro, não como um tempo histórico, vazio, abstrato, mas sim como a plenitude do “porvir”.

Em nossa multiplicidade da diversidade e sua congregação, é a unidade, passando pelo nível estritamente humano, que deve ser recolhida pela dimensão grandiosa de um único Continente que delimite seu todo espacial. O mencionado não é novidade, não foi o ocaso que escreveu o passado de Indo-América, América Ibérica, América Negra, América Independente, América Imigratória, isso é inegável, porque cada uma delas pertence a um momento de sua etapa histórica; mas que a apreciação e nossa vontade de ser Mercosul resultem de nossa própria determinação e forma de ser, para começar timidamente a esboçar nosso ponto de partida para o filosofar latino-americano.

O Mercosul está assemelhado em sua concepção com o que o Prof. Andrés Mercado Vera, da Faculdade de Filosofia e Letras na Universidade de Morón, em sua exposição no Primeiro Colóquio Filosófico do Instituto de Pensamento Latino-americano (19 de setembro de 1995) denominava Ideologia Latino-americana.

Por isso é necessário realizar a distinção entre Ideologia e Filosofia Latino-americana que, como apontava o benemérito professor, a distinção entre ambas está muito longe de ser meramente terminológica, uma vez que

a questão como tema capital da Filosofia compreende as relações entre o saber teórico e o saber prático.

A Ideologia não pretende abarcar a totalidade das matérias de que se ocupa, mas sim somente aqueles aspectos que têm a ver com o interesse que os move e precisamente esta parcialização restritiva que gangrena a dinâmica do Mercosul acarretam consequências nocivas até para o próprio pensamento ideológico.

É assim a filosofia com sua reflexão crítica, que não somente tenha a ver com o sujeito e o filosofar, mas sim e sobretudo com seu objeto, com a coisa em si, para o que chamamos Mercosul. A filosofia que permitirá encontrar e centrar como eixo do giro Copérnico a condição de sujeitos de nossa própria realização latino-americana.

Isto nos permitirá, a partir da filosofia, advertir o colonialismo mais ou menos explícito que opera sobre o pensamento americano que pode passar inadvertido para a investigação historiográfica, jurídica, econômica, financeira, política etc, mas não para aquela...

A filosofia do Mercosul com pretensões de extensão a um pensamento filosófico latino-americano, pelo visto, está muito longe de ter sido indagada em seu conjunto e com suficiente profundidade para permitir comprovar a falsidade de certas suposições e o raquitismo de conteúdos conceituais através da captação total, da análise detalhada e crítica próprias do saber filosófico, que embora deficitário é parte importante de nosso patrimônio.

Para finalizar, transcrevo o que foi dito pelo catedrático Vera Mercado, quando em uma exposição mencionou: *“O pensamento latino-americano em sua marcha para sua constituição como filosofia não pode economizar ‘o duro caminho do conceito’, de outro modo corremos o risco de cair em um novo reducionismo que, como os outros, ignore o sentido substancial e as exigências objetivas do saber filosófico”*.

O desafio é, pois, crescer com o exame permanente do todo da realidade, através da elaboração de uma filosofia do Mercosul que constitua em si um tema de nosso tempo. ◆

CRIME FALIMENTAR

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA
Desembargador TJ/RJ

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. GENERALIDADES

O tema crimes falimentares constitui um tormento tanto para os comercialistas, que se o tratam, e o fazem de maneira bem limitada, é por considerarem ser matéria nitidamente penal, como também para os penalistas que, no reverso da medalha, esbarram com uma íntima vinculação ao domínio do direito falimentar. Aduza-se a escassez de monografias, que é geral em todos os países¹. Daí a pobreza de nossa literatura jurídica sobre os crimes falimentares.

Na Antigüidade, encontramos um quadro que apresenta o sistema de vinculação da pessoa do devedor à obrigação contraída, recordando-se de que entre os germanos havia o sistema de composição, não obstante também ocorrer a vinculação física ao cumprimento das obrigações, podendo até ficar estipulado em cláusula contratual a sanção de imposição de cruéis sevícias e a própria servidão, estendidas à mulher e ao filho do devedor inadimplente.

Vamos encontrar no vetusto Direito romano a pedra base da falência (*faillite*, como os franceses designam a falência casual), que toma fisionomia definitiva com o título de *bancarotta*, na Idade Média².

Na **Lex Duodecim Tabularum**, o direito do credor é obtido através de uma medida pessoal sobre o devedor (*obligatus*) para induzi-lo a pagar. A duplicidade do caráter, privado e penal, é a forma antiqüíssima da execução do débito. O devedor que não satisfizesse o débito tornava-se *nexus* e, em tal circunstância, deixava de existir a intervenção do juiz, ficando aquele

¹ Cf. Rodice, “Il reato di bancarotta semplice dove escludusi dai, piccoli fallimenti”, in **II diritto fallimentare**, 1935, 31.

² No Direito pátrio, diante do Dec.-Lei nº 7.661/45, não cabe a tripartição em falência casual, culposa ou fraudulenta.

fisicamente ao dispor do credor, que poderia prendê-lo, acorrentá-lo, enfim, tratá-lo como escravo.

Desde o sistema da **Lex Duodecim Tabularum**, o inadimplemento do devedor, quando o crédito resultasse ou de sentença ou de confissão, dava imediatamente lugar à **manus iniectio**. Transcorridos trinta dias, o credor exercia a **manus iniectio** pronunciando sacramentalmente a fórmula de Gaio, colocando a mão sobre o devedor que, se não pagasse o **vindex**, era declarado **addictus** e adjudicado ao credor.

Aulo Gellio descreve o procedimento da **manus iniectio** dizendo: “*sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam, atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt*”. Aliás, podemos afirmar que o caráter da **manus iniectio** é paralelo com o procedimento do **furtum manifestum**. O aspecto de atrocidade o caracterizava, pois o credor poderia dispor, como procedimento executivo, da divisão do corpo do devedor entre os demais credores (**in partis secanto**). O vínculo era unicamente pessoal com direito do credor sobre o devedor (as espécies de procedimento com **manus iniectio**, **manus iniectio indicati**, **manus iniectio pro indicato** e **manus iniectio pura**). Enfim, o direito do credor era realizado através de execução privada sobre a pessoa do devedor, condicionado ao seu inadimplemento. Gaio atesta que só em época posterior foi introduzido um processo patrimonial (**pignoris capio**) que se traduz: “*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*”. Caracterizava-se pela apreensão de uma coisa do devedor, que se constituía em um particular meio de coação.

Com a **Lex Poetelia** (326 a.C.), foi abolida a execução pessoal e liberou-se o **nexum** sem qualquer controle ou ingerência do Estado, recaindo as dívidas somente sobre o patrimônio, contudo, aprisionado o insolvente e obrigado ao trabalho forçado para o credor até a solução da dívida. Gaio recorda o pretor Rutilio como inventor da **bonorum venditio**, que consistia em decretar a entrega dos bens do executado ao credor - **missio in possessionem**, como medida assecuratória, fazendo-o alienar em hasta pública a um adquirente (**bonorum comptor**). Tinha uma situação idêntica à do herdeiro encarregado de promover a venda dos bens herdados por rateio (**bonorum venditio**). Foi sem dúvida com a edição de **Lex Poetelia Papiria** que o vínculo existente entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação deixou de ser puramente material para se tornar jurídico, respondendo corretamente pelo débito, não mais se admitindo como pagamento o corpo do devedor;

a questão se torna puramente de ordem patrimonial (os devedores deixam de ser condenados à pena de morte, vendidos como **res**, como escravos).

A **Lex Julia Bonorum** deu um tratamento diferenciado aos devedores que obrassem sem dolo (má-fé), evitando a infâmia aos devedores de boa-fé resultante da **venditio bonarum**, que consistia na entrega dos bens aos credores, que tinham o direito de reter o exatamente necessário (**beneficium competentiae**). Desta forma, a infâmia ficou tão-só aos devedores de má-fé.

No Direito clássico, os principais meios concedidos ao pretor contra os atos fraudulentos dos devedores eram a **interdictum fraudatorium** e a **in integrum restitutio**. Interessante o comentário de Baldo: “*falleti sunt infami et infamassimi et more antiquissimae legis tradi creditoris lanian-di... nec excusantur ob adversam fortunam; est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, and edictum fraudatorium*”. Foi uma **Lex Julia**, do início do Império, que concedeu a **cessio bonorum** aos credores, evitando a prisão e a infâmia. Na última fase da evolução, encontramos a **cognitio extraordinaria**, a concessão da **bonorum distractio**. Entre os romanos não era conhecido o concurso de credores. Ao curso do tempo, os romanos acordaram para que os bens, e não o corpo do devedor, respondessem por suas dívidas. Com os bárbaros desapareceram as noções jurídicas do atuar com dolo ou com boa-fé, retrocedendo a repressão à pena de morte do devedor ou à privação de liberdade indiscriminada. Escreve com propriedade o comentador Punzo que “*tale situazione di miseria materiale e culturale si potrasse fino all’aureo periodo di comuni in cui il commercio rifrori e gli studi giuridici riceverterro nuovo impulso*”³.

É de recordar a constante presença do rigor de tratamento dispensado aos comerciantes devedores (**bancae ruptores**), que recebiam respostas penais severíssimas, ainda mais agravadas em caso de revelia, tidos por Baldo como **deceptores et fraudatores**. Em uma visão de responsabilidade objetiva, encontramos a orientação das legislações à época inalterada até o século XVIII. Interessante o comentário de Conti, ao afirmar: “*Solo verso la fine del secolo, per la sempre maggior pressione delle correnti di pensiero iluministiche, le sanzione civili e criminali vennero in parte mitigate*”⁴.

³. Cf. Massimo Punzo, **Il delitto di bancarotta**, Torino, 1935, 7.

⁴. Cf. Luigi Conti, **I reato fallimentari**, Torino, 1935, 10.

Beccaria, seguindo os ideais enciclopedistas, escrevia: “*Il distinguere il fallito doloso dal fallito innocente*”; o que era básico para a tipificação e a resposta penal adequada ao desvalor da conduta⁵.

O Código Comercial francês (1807) substituiu a *pena de morte* por trabalhos forçados, colocando a bancarrota simples sancionada a título culposo, e a fraudulenta eleita à categoria de ilícito penal, que seguia o vetusto Código Penal de 1791, que teve, como origem, a ordenança do Direito italiano de 1673, de Luiz XIX. Aduza-se que o citado Código Comercial francês adotara o sistema de presunções de Stracca e, assumindo a orientação do Código Penal de 1791, aboliu a pena de morte e estabeleceu a distinção entre a bancarrota *dolosa* e a *culposa* e considerou a falência *per se* como um instituto particular da atividade comercial. Ressalte-se que as disposições do Código napoleônico, mesmo após as alterações da lei de 28.5.1838, que suprimiu a presunção *iuris tantum*, teve influência fundamental na legislação italiana.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO PÁTRIO

A legislação pátria recebeu forte influência das legislações italiana e francesa. Até 1520 vigoraram as Ordenações Afonsinas, em que a falência só era permitida aos comerciantes. As Ordenações Filipinas (1603), no Livro IV, que vigorou até a entrada do nosso Código Civil, qualificavam a *bancarrota* como própria dos comerciantes, e o Livro V dispunha sobre o *crime de bancarrota*, onde figuravam mercadores cambiadores ou seus feitores que *quebram seus tratos, levando-se como mercadorias fiadas ou dinheiros tomados a câmbio e manda sejam havidos por públicos leiloeiros e, como tais, castigados com a pena de morte*⁶. Na falta de prova, condenados ao degredo para as galés, não podendo mais em suas vida usar o ofício de mercador. As Ordenações proibiam a cessão de bens e a execução na pessoa ou patrimônio por parte dos credores.

Melo Freire apresentou em seu trabalho de reforma duas figuras de quebras, a *casual* e a *fraudulenta*, sendo que só na última ocorreria, em razão da fraude de credores, dolo ou culpa dos devedores, que seriam tidos como ladrões ou falsários e punidos com as penas do ilícito de falsidade.

⁵ Cf. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973, n° XXXII, 101 e segs.

⁶ Diante do n° 6 da Lei III da Lei das XII Tábuas, que previa caso de pluralidade de credores, o corpo do devedor poderia ser retalhado para ser entregue em partes aos seus credores - *Tertiis nundinis partes secanto; si plus minusve sequerint, ne fraude esto*.

Com a lei de 20 de outubro de 1823, colocava-se em vigor no território nacional todos os atos dos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 e, após, os de D. Pedro. Com a entrada em vigor do Código Penal de 1830, com o *nomen iuris* de “bancarrota” incriminava-se penalmente a falência⁷. Era também tratada no Código Penal, no Capítulo III, com o título “Banca-Rota, Estelionato e Outros Crimes contra a Propriedade.”

Na evolução histórica do instituto não podemos deixar de assinalar a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e o Decreto nº 768, de 25 de novembro de 1850, melhorado pelo Decreto nº 1.597, de 1º de maio de 1855. O Código Comercial classificava a falência em *casual*, com *culpa* ou *fraudulenta*, que integravam a falência delitiva. Surge, de autoria de Carlos Carvalho e Macedo Soares, o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, atribuindo ao curador de massas o poder de promover o processo contra o falido, cúmplice e mais pessoas culpadas⁸, marcando uma nova era na vida do instituto. O Código Comercial dispunha os crimes falimentares em *próprios*, *culposos* e *fraudulentos*, incluindo como ilícito especial o do corretor e o do leiloeiro, além dos chamados *impróprios*⁹.

O Código Penal de 1890, no Título XII, relativo aos “Crimes contra a Propriedade Pública ou Particular”, e no Capítulo III, relativo à “Falência”, dizia, no art. 336: “*Todo comerciante, matriculado ou não, que for declarado em estado de fallencia, fica sujeito à acção criminal, se aquella for qualificada, fraudulenta ou culposa, na conformidade das leis do commercio. § 1º Se a fallencia for qualificada fraudulenta, a pena será de prisão celllular por dois a seis annos. § 2º Se culposa, de prisão celllular de um a quatro annos. § 3º A fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas*”. O art. 337 prescreve que “*o devedor não commerciante que se constituir em insolvência, occultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dividas em fraude de seus credores legítimos, será punido com a pena de prisão celllular de seis meses a dois annos*”. Ainda de 1908, eliminando a indicação do síndico pelas Juntas, poderíamos alinhar os regulamentos: Decreto nº 4.855, de 2 de

⁷ Art. 263. *A bancarrota que for qualificada de fraudulenta, na conformidade das leis do comércio, será punida com a prisão com trabalho por um e oito annos. Na mesma pena incorrerão os cúmplices.*

⁸ V. art. 78, § 1º.

⁹ V. art. 81, III e VII.

junho de 1903, e Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que eliminava a indicação do síndico pelas Juntas Comerciais, fazendo recair a escolha dentre os credores do falido. O Decreto nº 5.746 reproduziu com pequenas alterações a Lei nº 2.024. Hodiernamente a matéria é tratada fora da sede do Código Penal pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que tratava do inquérito policial no Título VII, arts. 103 a 113, e dos crimes falimentares *per se* nos arts. 186 a 189. O Código Penal de 1969 seguiu a mesma orientação da legislação de 1940, regulando a matéria através de lei especial. O Projeto de Reforma da Parte Especial de 1984, a despeito da relevância dada ao Título XII, que trata “Dos Crimes contra a Ordem Econômica, Financeira ou Tributária”, preferiu manter o Decreto-lei nº 7.661/45 disciplinando em separado a matéria.

O Anteprojeto de 1999 manteve a sede em legislação especial¹⁰.

3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Quanto à deficiência de técnica legislativa em que sempre se tem criticado o abuso do sistema casuístico e o de “reenvio à corrente”, como diz Antolisei, o sistema casuístico se constitui em um resíduo de um passado histórico já superado. Surgem múltiplas situações inerentes à realidade da vida, e o aplicador não pode ficar dentro de uma camisa-de-força sem horizontes pela interpretação da previsão normativa¹¹.

O instituto da falência e o seu correlativo, o crime falimentar, apresentam relevância no sentido social e jurídico, pois a falência emerge do inadimplemento de uma obrigação positiva de fazer, onde o comerciante figura como o pólo passivo, e cuja prestação consiste em causa civil, ou comercial de valor pecuniário. O comerciante (noção vasta e abrangente,

¹⁰. Está em curso no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.376/93 que entre várias inovações sujeita as empresas de economia mista à legislação de falências e concordatas. Assim, as estatais terão de seguir as mesmas regras impostas às empresas privadas. É vedada à pessoa física a possibilidade de falência e concordata, devendo pedir, na forma do CPC, a insolvência civil (a pessoa física perde a administração dos seus bens e vende seus ativos para pagar a dívida, o que importará em confessar a sua insolvência). O Projeto é mais rigoroso em relação aos crimes falimentares aumentando a criminalização e penalização de condutas (no caso do sujeito ativo ser gestor de empresa pública ou de economia mista, a majorante específica é de um terço), bem como tipifica a solidariedade da pessoa física ou jurídica ligada à empresa cuja falência tenha sido provocada por uma delas. É o uso de terceira pessoa jurídica para o atuar reprovável.

¹¹. Cf. Antolisei, **Manuale di diritto penale**, “I reati fallimentari e societari”, Milano, 1959, 3, 7.

contidos todos os tipos societários mercantis)¹², que deixa de satisfazer os compromissos assumidos acarreta prejuízo aos credores, como também faz perigar a economia pública. Assim, em razão da repercussão social, torna-se imperativa a intervenção do Estado no sentido de frear as competições de interesses e aplicar sanções aos infratores.

Não se pode olvidar a correlação entre *falência* e *crime falimentar*, visto que são entidades complexas, apresentando princípios que muitas vezes contrastam com as regras do direito comum. Liszt dizia que o crime falimentar é uma idéia em desenvolvimento, não tendo chegado à ciência, bem como a legislação não atingiu resultados decisivos, resultando em dificuldades na inteligência e aplicação das disposições, o que não ocorre com figuras penais já em forma definitiva.

Há que observar que a “falência é um procedimento de execução forçada coletiva que tem por pressuposto o estado de *insolvência e impontualidade* de um comerciante, quer se trate de pessoa física ou jurídica¹³”. Observado o estado de fato da incapacidade do ativo para a solução do passivo, no vencimento das obrigações, ocorre o estado de direito por sentença judicial, que é a falência do comerciante. É a declaração judicial de insolvência do comerciante caracterizada pelo inadimplemento da obrigação líquida, constante de título que legitima a execução forçada (título líquido, certo e exigível). Destarte, o devedor de boa-fé, cuja impontualidade é originada por circunstâncias fortuitas e cujo comportamento é atípico, não comete crime falimentar. Não é punível a falência, mas o crime falimentar. A impontualidade é o não-pagamento da obrigação líquida e certa na data do vencimento. Podemos afirmar que a impontualidade é o primeiro sintoma de um futuro estado de insolvência.

A *insolvência* é um estado de fato, caracterizada pelo desequilíbrio patrimonial entre os valores realizáveis e as prestações exigíveis, ocorrendo que o credor não encontra meios a seu alcance para satisfazer seu crédito no patrimônio do devedor. Como já vimos, não há de se confundir o estado

¹² Designa-se por comerciante a pessoa capaz que, em seu nome e por conta própria ou de outrem, pratica, ordinariamente, como profissão habitual, atos relativos ao comércio. Pode ser uma pessoa física ou jurídica. Assim, a firma individual ou social só adquire personalidade jurídica com o registro em relação à primeira, e registro e arquivamento do contrato, pertinente à segunda. O Código Comercial brasileiro, isto é, a Lei n° 556, de 25 de julho de 1850, em sua primeira parte, que trata do “Comércio em Geral”, versa sobre as qualidades necessárias para ser comerciante, as obrigações comuns, as prerrogativas e as disposições gerais.

¹³ Cf. Antolisei, **Manuale di Diritto Penale**, 1959.

de insolvência e a situação patrimonial em que o ativo resulta inferior ao passivo. Pode o devedor estar em *situação de insolvência*, embora tenha bens que supram suas dívidas, e que só pode converter em dinheiro através de grandes perdas (época de grave crise econômica). Temos então uma *situação de insolvência* por falta de *liquidez* e, de outro lado, a insuficiência pode acompanhar a solvência do devedor por existir uma expectativa de bens futuros que possibilitarão o crédito; logo, toda incapacidade de saldar as dívidas se constitui em insolvência. Há casos de insolvência *real* e *aparente*, *total* ou *parcial*. Há a chamada *presunção de insolvência* quando presentes os chamados indícios veementes de insolvência. Cada caso deve ser objeto de apurada análise pretoriana. Para efeitos penais, a insolvência de fato deverá ser *real*, *definitiva* e *reprovável*.

Crime falimentar, como delito *sui generis*, se constitui em um ilícito penal único, em que a conduta se caracteriza pela realização das figuras típicas elencadas normativamente como motivos impeditivos que concorrerem para o inadimplemento de obrigação ou estado de insolvência real e definitiva, praticados antes ou depois da prolação da sentença declaratória de falência, condição objetiva de punibilidade e procedibilidade, ou realizados por não-comerciantes, que direta ou indiretamente adquiram bens de massa, ou, em relação a eles, entraram em alguma especulação de lucro, causando lesão ao patrimônio de massa creditícia na satisfação de seus créditos. Há múltiplas definições elaboradas por especialistas que se acham vinculadas obviamente à ótica do doutrinador, caso conceba o crime falimentar como crime contra a fê pública, a administração da justiça, do crédito ou da economia popular, ou ainda dentro dos crimes contra o patrimônio¹⁴.

O objeto jurídico do crime falimentar seria o patrimônio dos credores, a garantia da satisfação dos créditos, a economia pública, a administração da justiça? A opinião dominante na doutrina penalística italiana é de que a *bancarotta* é um *crime contra o patrimônio*, constituindo-se o objeto jurídico no direito de garantia que os credores possuem sobre o patrimônio dos devedores. Tal orientação da tutela dos interesses patrimoniais dos credores é sustentada também por autores germânicos¹⁵. Já os cultores do Direito

¹⁴ Neste sentido: Alfani, Bonelli, Bédarride, Weumayer, Woto Sardenha, Meyer, Merkel, Schutze e Liszt.

¹⁵ No mesmo sentido: Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Hannover, 1952, 219; H. Mayer, *Strafrecht*, Stoccarda, 1953, 348.

Comercial vêm na tutela penal um objeto de interesse social, ressaltando a prevalência ao correto andamento das relações econômicas, falando-se em crime contra a *economia pública*¹⁶. Nuvolone sustenta que a *bancarotta* é um crime contra a *administração da justiça*, pois o direito de crédito não vem tutelado pela norma falimentar sob o ponto de vista individual, mas sim do ângulo coletivo. A norma incriminadora teria como pressuposto *concurisal* os créditos em massa, o que significaria que o interesse jurídico imediatamente lesado seria um interesse publicístico-processual¹⁷. Antolisei, em síntese, declara que o objeto jurídico da tutela é a economia pública diante de uma multiplicidade de interesses, tratando-se de crime pluriofensivo, concluindo ao final que a proteção está ligada à administração da justiça¹⁸.

Não podemos deixar de consignar que a falência é essencialmente patrimonial. A nosso aviso, o objeto jurídico do crime falimentar é a *economia pública* em sentido lato e, diretamente, os interesses patrimoniais dos indivíduos traduzidos na massa creditícia. É, sem dúvida, o patrimônio do sujeito passivo. A doutrina chega a entender que o bem tutelado seria a *administração da justiça*¹⁹, pois com o crime falimentar estar-se-ia protegendo o processo executivo consensual: a administração da justiça. O desvalor no injusto falimentar situa-se no fato de colocar-se o devedor em situação de insolvência. Há, pois, o direito de os credores terem satisfeitos os seus créditos (devolução do patrimônio).

O sujeito passivo pode ser o *falido*, na hipótese de que terceiro obre delitivamente violando o interesse múltiplo tutelado pelo direito (interesses da *massa* nos aspectos da administração da justiça, da fé pública e da economia do crédito)²⁰.

¹⁶ Neste sentido: Belaffio, “La bancarotta della bancarotta”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, I, 636; Candian, “Della bancarotta”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, 218/219; Noto Sardegna, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, 63; Provinciali, *Manuali*, II, 1934.

¹⁷ Cf. Nuvolone, *Fallimento*, 25.

¹⁸ Cf. Antolisei, *op. cit.*, 7, 23.

¹⁹ Neste sentido: Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle procedura concursali*, 1975, 25.

²⁰ A doutrina apresenta múltiplas posições: a) seriam sujeitos passivos tão-só os credores individualmente considerados (neste sentido: Filippo Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, 97); b) seria impossível a sua determinação por tratar-se de tipo de perigo coletivo (neste sentido: Franco da Fonseca, “Anotações sobre alguns procedimentos criminais especiais”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1975, 46).

O objeto material da ação são os créditos, a inexistência dos livros obrigatórios ou a escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa; a destruição, inutilização, supressão de lucros ou balanços etc.

Na classificação típica, trata-se de um tipo *sui generis*, ou como definiu Bonelli: *uno reato molto speciale*, ou Punzo que o caracteriza como *istituto giuridico singolarissimo*. É um *delito condicional* e de lesão, pois inexistirá crime falimentar sem incapacidade patrimonial para satisfazer as dívidas vencidas. Quando o devedor se coloca em situação real de insolvência, lesiona e não apenas coloca em perigo o direito dos credores à satisfação de seus créditos vencidos²¹.

O crime falimentar é um *delito condicional*, por motivos de conveniência legal ou prática, e somente existe e se torna punível mediante a verificação de um acontecimento involuntário e futuro ou concomitante com o fato voluntário. Momento de máxima importância, é o da *sentença declaratória de falência*²² na estrutura do crime falimentar que, na apreciação dogmática, confere existência jurídica e se converte em uma *condição objetiva de punibilidade*. A sentença falencial, que é objetivamente complexa, apresenta um aspecto *sui generis*, pois, declarada a falência, fica ratificado e divulgado o estado de falência do comerciante devedor; a partir deste momento, ficam sujeitos aos seus efeitos todos os envolvidos no processo. Trata-se de juízo indivisível e exclusivamente competente para todos os assuntos relativos à matéria pertinente à massa. Embora seja um ato formalmente único, engloba uma atividade de conhecimento e outra de execução imediata. Ficam antecipados os vencimentos de todas as dívidas do falido. A declaração judicial é um *pressuposto* e, como tal, estranho à conduta; integra o fato típico, enquanto incide sua qualificação de sujeito

²¹ Marcondes Filho, ao escrever a EM da atual Lei de Falência, não tomou posição diante da controvérsia de o crime falimentar ser de lesão ou de perigo. Veremos que há crimes de dano e de perigo na complexidade dos mesmos crimes falimentares. Está entre aqueles que sustentam a univocidade do crime falimentar, que se caracteriza por sua estrutura complexa, sendo que a sentença declaratória de falência, como condição de punibilidade, converte em unidade a pluralidade de atos praticados antes de sua declaração. Recorde-se de que nula será a sentença que violar o princípio da unidade complexa das ações ou omissões dos falidos.

²² Para Júlio Mirabbete, a sentença só deixa de ser condição objetiva de punibilidade quando elemento do crime, “como no art. 186, III, da LF” (**Processo penal**, SP, 1991, 523). No caso, a quebra, situada fora do fato material (emprego de meios ruinosos), é um dos elementos subjetivos do tipo (para obter recursos a retardar a declaração da falência). Mas, assim mesmo, o *emprego de meios ruinosos* para obter recursos e retardar a declaração da falência só será punível se advier essa declaração (condição objetiva de punibilidade).

ativo do crime. Os crimes falimentares se dividem em (a) *antefalimentares* e (b) *pós-falimentares*. Nos (a) crimes antefalimentares os fatos enumerados normativamente são indiferentes penalmente até a sentença declaratória, que lhes dá a antijuridicidade, sendo elemento constitutivo do ilícito. A condição objetiva pode ser *futura* ou *concomitante* aos fatos, extremando-se, no momento da sentença declaratória, os crimes ante e pós-falimentares. Nos crimes antefalimentares, a *sentença declaratória de falência* é elemento constitutivo, funcionando como condição de punibilidade, e (b) os pós-falimentares são os ilícitos havidos *depois* da sentença declaratória de falência.

Assim, a *insolvência* e a *suspensão dos pagamentos* não constituem a condição objetiva de punibilidade no crime falimentar. Há divergências doutrinárias quanto ao momento consumativo²³. Há um momento em que, pela situação, pode-se provar a falência; é a *zona de risco penal*. É um tipo misto alternativo, sendo questão polêmica. Enquanto alguns sustentam tratar-se de crime contra o comércio, como a orientação de Stevenson, o que rejeitamos, e, embora sem desconhecer que o crime falimentar atenta *per se* contra o comércio, damos uma maior amplitude à tutela penal, vendo-o como um delito pluriobjetivo, onde entram os interesses múltiplos em relação ao crédito, ao comércio e à economia, admitindo os credores como *massa* e não como meros indivíduos.

Há, pois, um interesse publicístico-processual, abrangendo, obviamente, a administração da justiça. A nosso sentir, a *posição eclética* é a que corresponde à realidade da tutela de defesa globalística.

Seguindo a lição de Carnelutti, convém lembrar que os pressupostos não passam de elementos de fato e relativos ao fato e nestes se resolvem, visto que não são estranhos à vontade, à conduta e ao resultado. Como salienta Oscar Stevenson, nos crimes *pós-falimentares*, *especiais* e *impróprios*, a *sentença declaratória de falência* não é o pressuposto, mas sim pressuposto do atuar reprovável, elemento típico. Pouco importa que seja circunstância antecedente que aborta a conduta; a sentença declaratória é elemento específico do fato punível²⁴.

²³ Maggiore e Alimena entendem que é o momento em que o sujeito pratica o ato - condição extrínseca; Lombardi e Ramella acham que é o da cessão dos pagamentos, e para Longhi é a insolvência. Diz Nuvolone que “*il problema della bancarotta prefallimentare è insolubile... non si individuano i limiti della zona di rischio penale*”, concluindo que “*il limite del rischio penale della bancarotta prefallimentare coincide con la manifestazione della insolvenza... il dovere di no dissipazione degli beni ai creditori*”.

²⁴ Cf. Oscar Stevenson, **Crime falimentar**, Saraiva, 1939, 2, 105.

Quanto à *sedes material* dos crimes falimentares, duas posições se apresentam: **(a)** a que entende que devem ser regulados pelo Código Penal no campo do Direito Penal; **(b)** devem ser regulados no diploma comercial; e surge uma terceira, **(c)** que defende que a norma comercial definiria os fatos *delituosos*, e a norma penal, as penas. Para Longhi, é uma *semplique questione di tattica*. A matéria deve ser regulada por *lei penal especial*, visto que o legislador comercial trabalha com tecnicismo diverso do penalista e, hoje, o Direito Penal é multidisciplinar. Stevenson, ao analisar a sede material do crime falimentar, distribui em três grupos as legislações: **a)** orientadas pelos Códigos franceses de 1807 e 1810: a norma comercial fornece a noção de crime, ficando ao Código Penal as medidas respectivas. Tal legislação influenciou a espanhola, a italiana (1865), a japonesa e a brasileira; **b)** a representada pelo Código italiano de 1882, situado no campo da lei comercial, só explicável para a bancarrota como falência qualificada, sendo falsa tal posição, ampliado o conceito de crime falimentar, abrangendo todos, comerciantes ou não; **c)** as de tendência moderna de confinar no Código Penal toda a matéria concernente ao crime falimentar. Salienta o referido autor que “pelo mesmo interesse público, que torna a falência processo cercado de garantias excepcionais, situa-se ao seu flanco e se trava com elo de interdependência a norma repressiva do crime falimentar.” A posição enciclopédica ou a posição interdisciplinar informam os vários endereços²⁵.

4. SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O *sujeito ativo* em sentido lato não é somente o comerciante²⁶, visto que também podem sê-lo o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão e o oficial de justiça nos denomina-

²⁵ Quanto à *locação legislativa*, teve rara sensibilidade o jurista Landrove Diaz em sua monografia sobre “Las quiebras punibles”, colocando as três vertentes: **a)** sistema de autonomia penal (pertence ao domínio exclusivo das leis penais: Suíça, Argentina, Peru); **b)** sistema de autonomia legislativa (ficaria a cargo de lei especial, integrando a Lei de Falências, como ocorre no Brasil, Chile, Inglaterra e Estados Unidos); **c)** sistema eclético (conjugua a matéria tanto no Código Comercial, com a sua descrição, como no Código Penal, com o conjunto de respostas à violação normativa, originário da codificação napoleônica e ainda presente na Bélgica e Grécia). Como vimos, no estudo dos antecedentes históricos normativos do Direito pátrio, o Dec.-Lei n° 7.661/1945 passou a tratar unicamente dos crimes falimentares, excluindo-se do âmbito do Código Penal. Todavia, no campo processual manteve a dicotomia, pois a denúncia do crime falimentar é recebida pelo juiz da falência que após encaminha os autos ao juiz penal, para que processe e julgue, cabendo recurso ao Tribunal de Justiça. É um grande equívoco tal dualidade a ser sanada.

²⁶ V. art. 190 da Lei de Falências.

dos *crimes falimentares impróprios*, isto é, praticados por pessoas diversas do falido. O leiloeiro e o corretor podem ser sujeito ativo, *ex vi legis*. Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos legais²⁷.

Por último, sob a ótica crítica do Direito Comparado, coloca-se a estrutura normativa considerando a possibilidade existencial de haver ou não sujeito ativo próprio, em três vertentes: **a)** o *sistema francês* que só reprovava a falência fraudulenta praticada por comerciantes, não estendendo aos não-comerciantes, em um sistema casuístico de enumeração dos obreres reprováveis²⁸; **b)** o *sistema germânico* que estende as disposições pertinentes à bancarrota aos não-comerciantes, condensando as regras em diferentes casos concretos²⁹; **c)** o *sistema inglês* que confere reprovabilidade das disposições relativas à falência fraudulenta também aos não-comerciantes, porém apresentando uma enumeração tão-só de *cases*³⁰; **d)** no *sistema brasileiro*, não só o comerciante pode ser sujeito ativo de crime falimentar, que está casuisticamente enunciado nos tipos próprios da Lei de Falências. A insolvência civil possui tratamento separado através do concurso de credores e através da execução por quantia certa contra devedor insolvente. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles até a liquidação total da massa.

Sujeito passivo é, em princípio, todo credor cujo direito à satisfação de seus créditos tenha sido lesionado por uma situação de insolvência. Os credores podem ser quirografários ou comuns, contudo convertidos seus créditos em um simples direito ao dividendo (*per conditio creditorum*). É indiferente que sejam credores concorrentes ou apenas concursais. Aduza-se que não se pode identificar o sujeito passivo do crime falimentar da massa de credores da quebra.

²⁷ Não estão sujeitos à falência os bancos e instituições financeiras (Lei n° 4.395/64), as companhias de seguros (Dec.-lei n° 73/66) e as sociedades cooperativas (ver art. 191 do Dec.-lei n° 7.661/45).

²⁸ No mesmo sentido: as legislações da Espanha, Colômbia, Argentina, Peru, Turquia, Grécia, Itália, Romênia e Portugal.

²⁹ Neste sentido: as legislações da Áustria, Hungria, Dinamarca e Holanda.

³⁰ Neste sentido: as legislações da Escócia, Canadá, Irlanda e a maior parte dos Estados americanos.

5. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

Constitui-se em grande questionamento histórico-doutrinário a conceituação do crime falimentar, havendo uma gama de definições³¹.

Deve-se ressaltar que é a condição de punibilidade que influi como complicador da definição do crime falimentar, diante das vertentes doutrinárias: **a)** é imperativa uma relação direta de causa e efeito entre os fatos caracterizadores e qualificativos da insolvência e a lesão ao patrimônio³²; **b)** o ilícito penal seria constituído pelo fato da bancarrota, porém a quebra não constitui sua consequência, sendo a falência tão-só condição jurídica de punibilidade do fato; **c)** o fato punível seria a quebra *per se*, e a bancarrota se constituiria na condição jurídica de punibilidade da falência.

Enfim, de tudo, pode-se extrair que repousam sobre o resultado e o nexo de causalidade do crime falimentar os pontos básicos e questionantes das várias vertentes da doutrina: **a)** a *do dano efetivo de Carrara* - que exige para a conceituação do crime falimentar uma relação entre o atuar do falido e a quebra, em uma relação de causa a efeito³³; **b)** a *da lesão* - baseia-se na resistência do dano ou perigo de lesão ao direito de crédito, sendo a falência mera condição de punibilidade do crime falimentar. A declaração de falência é mera condição de punibilidade³⁴; **c)** a *da lesão condicionada à falência* - sustentam seus defensores que o dano fica condicionado à ocorrência da falência, coexistindo com a transgressão das normas do direito de crédito, sem qualquer interdependência com a *ratio* da punição³⁵; **d)** a *da falência geratriz de danos ao crédito* - a falência seria o resultado lesivo produzido pelos atos ilícitos nela enumerados, presumindo-se um atuar reprovável do falido e, desse atuar, se presumiria a quebra; presente a relação de causalidade³⁶; **e)** a *do agravamento da lesão ao crédito* - o agravamento do dano causado pela falência gerada pela prática de atos reprováveis, *ex lege*³⁷; **f)** a

³¹ Neste sentido, destacamos a definição: a) de Liszt: “ofensa aos direitos do credor pelo devedor, mediante diminuição dolosa ou culposa do patrimônio deste, ou ocultação de sua situação patrimonial”; b) de Neumayer: “violação de confiança dos credores relativamente à satisfação de seus direitos, a qual se consuma com a diminuição da massa patrimonial do devedor”.

³² Neste sentido: Binding, Carrara, Liszt, Longhi, Noto-Sardegna, Bonelli e Cárfora.

³³ No mesmo sentido: Maino, Binding, Longhi, Cárfora e Alfani.

³⁴ No mesmo sentido: Von Liszt, Maycr e Wach.

³⁵ Neste sentido: Noto-Sardegna, Bonelli e Chaveau-Hélie.

³⁶ Neste sentido: Alfredo Rocco.

³⁷ Neste sentido: Longhi.

da *bancarrota como crime de perigo* - os crimes falimentares seriam tão-só crimes de perigo; segundo Rocco, uma mera exteriorização da vontade de modificação do mundo exterior e capaz de produzir um dano. O crime falimentar seria um crime de perigo, objetivando não o dano *per se*, mas sim a possibilidade do perigo de dano. Colocadas, em síntese, as várias vertentes de conceituação do crime falimentar, arriscamos o nosso posicionamento.

A nosso sentir, a conduta consiste em colocar-se o devedor em situação de *insolvência* ou *impontualidade* pela suspensão dos pagamentos gerada pela prática de um dos atos casuisticamente enumerados como reprováveis *ex lege*, cuja concorrência é necessária para a configuração delitiva de desordenada, irregular ou imprudente administração mercantil.

O resultado típico é a situação de *insolvência real*, devendo mediar entre a conduta e o resultado uma relação objetiva de causalidade. Na discussão no plano doutrinário do resultado típico, há uma corrente que defende só ser necessária a concorrência de uma **insolvência**, produto de deficiente e irregular administração mercantil, ao passo que, para outro seguimento, só na hipótese de determinados casos. Daí, há inúmeros reflexos de ordem pragmática em razão do lugar e do tempo da comissão do delito, da questão da tentativa, prescrição, participação e concurso. Para Muñoz Conde, trata-se de ilícito de mera atividade, e a conduta consistiria em colocar-se em situação de insolvência. Identifica-se com Delitalla, para quem o resultado típico e a lesão ao bem jurídico, como tipo de mera conduta, consiste em causar a insolvência. Os legisladores costumam limitar as hipóteses de falência penalmente reprovável estabelecendo um catálogo de atividades desvaloradas, mas sempre de difícil enumeração. Longli, citando Stracca, dizia: “*Tot sunt decoctorum fraudes quod vix aut enumerati possunt*”. É sempre impossível prever normativamente todos os casos de fraudes para serem descritos em suas modalidades. Para Alfredo Rocco, a *insolvência* nunca é produto de um único fato de devedor, mas de um *complexo de atos* realizados pelo sujeito ativo. Admite-se a co-autoria.

Há, no crime falimentar, os elementos específicos próprios - ***essentialia propria delicti***, constituindo requisitos estabelecidos por lei para a figura legal, que são: **a)** a sentença declaratória de falência³⁸; **b)** os fatos

³⁸ A sentença declaratória da falência não produz apenas efeitos futuros; irá retroagir para tornar sem efeito determinados atos praticados pelo devedor, que, para evitar a ruína de seu negócio, lança mão de meios precipitados, muitas vezes prejudicando, não só a si, como aos credores. Por essa razão, a

dolosos ou de mera conduta conforme o tipo; c) o resultado jurídico de perigo ou dano para o comércio. A condição de comerciante não integra os *essentialia propria delicti*, porque não é apenas o comerciante que pode ser sujeito ativo do crime falimentar³⁹; há os denominados *crimes falimentares impróprios*, praticados por pessoas diversas do falido, porém em conexão com a falência⁴⁰.

No crime falimentar *próprio e especial*, o elemento constitutivo é a circunstância de ser o comerciante o devedor. Na falência das sociedades, não podem ser as pessoas jurídicas - *impossibile est quod universitas delinquat*, respondendo criminalmente seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, de direito e de fato (há de observar a natureza da atividade desenvolvida na sociedade).

Autores há que sustentam a impossibilidade de co-autoria no crime falimentar, não admitindo a responsabilidade objetiva, sendo esta personíssima e incomunicável. Assim, se o mesmo fato foi atribuído a dois sócios, haverá dois crimes⁴¹. Outros opinam em sentido contrário, sustentando a possibilidade da co-autoria nos crimes falimentares⁴². Ensina Nuvolone que,

lei considera certos atos praticados pelo devedor, anteriores à declaração da falência, como ineficazes ou revogáveis, a fim de que os bens fiquem incorporados ao patrimônio da massa falida. Os ineficazes não produzem efeitos em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não a intenção deste fraudar credores. São inválidos de pleno direito para a massa falida; é como se não existissem, e estão previstos no art. 52 da Lei de Falências. Para a ineficácia destes atos, pouco importa a causa, a intenção das partes contratantes; interessa somente a natureza do ato e a data em que foi praticado. O ato é ineficaz em relação à massa. O falido fica pessoalmente com a obrigação de cumprir o que assumiu, e até responder por perdas e danos para com terceiros de boa-fé. Só a massa obtém a isenção dos efeitos do ato, que, em relação às partes, permanecem em todo seu teor. Os coobrigados e fiadores não aproveitam a ineficácia do ato em relação à massa. O ato jurídico é válido, seu efeito quanto à massa é que não o será. Os revogáveis são os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contrata. Os atos revogáveis poderão produzir efeitos até que sua revogabilidade seja decretada pelo juiz. O ato é anulável. Exige a lei que haja prova, não só do prejuízo dos credores, como também da fraude. A fraude deve ser comprovada, embora bastem certas presunções graves, sérias e concludentes. O fundamento essencial à fraude é o dano como elemento objetivo. Para que estes atos sejam revogados, é necessária a propositura da ação revocatória, que corresponde à chamada ação pauliana do Direito Civil. Enquanto para os atos ineficazes a prova de fraude é irrelevante, para os revogáveis é relevante, mas devedor e terceiro contratante têm que estar imbuídos do propósito de fraudar.

³⁹ V. art. 190 da Lei de Falências em que podem ser sujeitos ativos do crime falimentar: o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão e o oficial de justiça.

⁴⁰ V. art. 189: “qualquer pessoa”.

⁴¹ No mesmo sentido: Stevenson.

⁴² No mesmo sentido: Nuvolone, Punzo, Miranda Valverde e Antolisei.

no crime pré-falimentar, a co-autoria existe quando o terceiro tem consciência da antijuridicidade da conduta do comerciante e o auxilia a frustrar a destinação dos bens dos credores, isto é, na lição de Antolisei, sabia da situação dos negócios e do escopo da conduta que auxiliou. Sustenta-se que o sócio retirante não é imputável por crime falimentar *próprio* ou *especial* diante da ausência de circunstância de qualidade e do fato de a capacidade penal substantivar-se na falência, porém responderá por crime comum. Inexistindo diferença fundamental entre os crimes ante e pós-falimentares, certo que *antes* ou *depois* da falência, “crimes de dano são os que consistem numa subtração do ativo à execução concursal, e crimes de perigo são aqueles que consistem na criação de condições que tornam possível a subtração dos ativos”⁴³. Pode ocorrer a multiplicidade de fatos puníveis imputados ao sujeito, suscitando a *quaestio* sobre a existência de um só ou vários crimes em concurso. A pluralidade natural de tipos penais coexistentes é apenas aparente; são leis complexas alternativas, havendo distintas modalidades dentro de um mesmo tipo delituoso.

Nossa jurisprudência é no sentido de que, na existência de vários fatos de natureza falimentar praticados pelo sujeito ativo, apenas um é mais severamente punido, sendo imposta censura penal a ele correspondente⁴⁴. Sobrevindo a sentença declaratória, torna o comportamento um único crime falimentar.

O estado de falência é uma criação judicial, decorrente da sentença declaratória de falência, pois o estado de fato se constitui no próprio estado econômico de insolvência. Logo, o estado de fato - *insolvência* - dá lugar, com a sentença declaratória, à constituição do estado de direito falimentar. A conduta reprovável do comerciante, no real e efetivo exercício da atividade comercial, na prática do crime falimentar, exclui o direito à concordata em qualquer de suas modalidades (preventiva ou suspensiva). Para o concordatário ter culpabilidade no injusto do tipo falimentar, *ex vi* do artigo 150, VII, da LF, é necessária a rescisão da concordata, por óbvio.

Na hipótese prevista no artigo 173 da LF, pode considerar-se a possibilidade da ocorrência do crime falimentar, para rejeitar o pedido de concordata preventiva. Trata-se de hipótese anômala. Assim, recebendo os embargos diante da prova inquestionável da existência do crime falimentar,

⁴³ Neste sentido: Nuvolone.

⁴⁴ TJ-SP, HC 105.871, Câmaras Conjuntas Criminais, Rel. Des. Salles Abreu, julg. em 21.6.1970, RT 420/60.

o juiz deverá decretar a falência e, como tal, há o pressuposto da condição objetiva de procedibilidade e punibilidade existencial do crime falimentar. Nega-se a concordata. Vale repetir Bardo: *decoctar ergo fraudator*.

Na *sentença declaratória de falência* está o momento consumativo, e os fatos posteriores pertencem à multiplicidade conseqüente e natural, em um crime continuado. Os autores, ao fixarem o *momento consumativo* do crime falimentar, resumem as cinco correntes de opinião: **a)** no momento em que ocorre a diminuição do patrimônio do comerciante, ou nos fatos típicos de dano potencial ou atual, sejam anteriores ou contemporâneos ao processo falimentar⁴⁵; **b)** na prática do fato positivo na lei, independentemente da prolação da sentença declaratória de quebra⁴⁶; **c)** seria tal momento o mesmo momento da quebra, qualificada aos fatos posteriores⁴⁷; **d)** identificado tal momento com a cessação de pagamentos⁴⁸; **e)** seria no momento da declaração judicial da falência, quanto a fatos anteriores, a ao tempo dos fatos, quanto aos posteriores⁴⁹. Como já foi dito, em nosso Direito a falência poderá ser caracterizada pela impontualidade ou por fatos tipificados na lei falimentar como crime falimentar, daí as múltiplas dificuldades. Escreve Sady de Gusmão, em seu **Crime de falência**, que se deverão considerar os momentos sucessivos para a sua caracterização, e aponta os fatos possíveis de consideração: **a)** momento consumativo em relação à ação, coincidindo com a insolvência; **b)** momento de definição formal do injusto penal, que se reputa consumativo no processo não de fato, mas de direito, *ex vi* do artigo 14, II, do Código Penal⁵⁰. Há autores que não admitem a possibilidade da tentativa na bancarrota⁵¹. Há importante, vertente doutrinária que admite a tentativa no crime falimentar, assegurando que tal ocorre quando a condição de punibilidade sobrevém, mas o ato reprovável não se completa⁵². Existe a possibilidade em relação ao crime pós-falimentar, isto é, o praticado *após* a decretação judicial da falência, pois sairia da ficção jurídica de que o mo-

⁴⁵ Neste sentido: Carrara.

⁴⁶ Neste sentido: Pezzelle.

⁴⁷ Neste sentido: Bonelli e Naverini.

⁴⁸ Neste sentido: Cárfora, Ramella e Longhi.

⁴⁹ Neste sentido: De Litele.

⁵⁰ Cf. Sady de Gusmão, **Repertório enciclopédico**, v. 13, 7, 352/353.

⁵¹ Neste sentido: Gennaro, Cuzzi e Zanardelli.

⁵² Neste sentido: Binding, Reichard e Neumayer.

mento consumativo se enfeixaria como em relação ao tipo antifalimentar, quando da prolação da sentença declaratória da falência.

Outro aspecto relativo aos *crimes falimentares* é o da tentativa. Os autores que consideram a falência *per conditio* não admitem a tentativa nos *crimes antefalimentares*⁵³; outros sustentam que nos crimes falimentares a tentativa é cabível, mesmo em se tratando de crime condicional⁵⁴. Para a *teoria da falência-crime*, há impossibilidade: “Não é o dano causado por estes fatos que conta para a consumação do crime, mas o dano causado pela falência.”⁵⁵ Antolisei dá o exemplo da possibilidade da tentativa quando o devedor, desejando desviar vultoso lote de mercadoria, providencia o embarque clandestino para outro país⁵⁶ e declara a falência, dando ao síndico tempo de apreendê-la no porto. Nos crimes *antefalimentares*, há tentativa desde que a *sentença declaratória* de falência interrompa o *iter criminis*, não atingindo a *meta optada* por circunstâncias alheias à vontade do autor típico. Nos crimes *pós-falimentares*, é tranqüila a sua possibilidade existencial.

Sabemos que a maioria dos doutrinadores sustenta, em síntese, que no momento da tentativa o fato consumado não é possível, pois depende de um fenômeno jurídico integrativo que é a sentença declaratória de falência. No que concerne aos *crimes pós-falimentares*, cometidos após a decretação da sentença condenatória de falência, não há dúvida. A nosso sentir, sendo condicional o ilícito penal, ocorrerá a tentativa quando da prolação da sentença declaratória e constitutiva da falência que é condição objetiva de punibilidade, retroagindo-se à data do fato gerador. Em conclusão, admitimos a tentativa.

A conduta delitiva para alguns autores pode ser configurada por comissão ou omissão, dando lugar a crimes comissivos, puramente omissivos ou comissivos por omissão. Para tal grupo de autores, na chamada falência negligente, a falta de livros e sua escrituração seria um crime puramente omissivo (deixa o devedor de fazer o que a lei lhe impõe fazer). Stevenson diz que há omissão por negligência, quanto aos deveres especiais da profissão mercantil, quando o comerciante gera situação de perigo para os credores e

⁵³ Neste sentido: Nuvolone.

⁵⁴ Neste sentido: Antolisei.

⁵⁵ Bonelli, *Commentario al Codice di Conunercio*, Vallardi, Milão.

⁵⁶ V. art. 188, III, LF.

para o crédito público. Quando o devedor não possui os livros nem a escrituração apropriada com o escopo de criar vantagem em prejuízo dos credores, a omissão é o meio por que atua a vontade no crime omissivo (deixa de fazer para atingir dolosamente o resultado). Logicamente, a conceituação de livros obrigatórios⁵⁷ depende dos textos extrapenais, sendo uma norma penal em branco. Para efeitos penais, os livros mercantis são equiparados a documento público⁵⁸. A falsificação tanto pode ocorrer diretamente no livro (material) como em seu conteúdo (ideológica).

A norma fala em escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. No Direito germânico, o crime só se configura se o fim é impedir o exame da situação econômica do devedor. A lei italiana é semelhante à nossa, presumindo que o resultado jurídico constitui perigo⁵⁹. Não é caso de crime de omissão negligente ou comissivo por omissão, mas de *mera conduta* (só há evento jurídico), pois que o pequeno comerciante, nos termos do Decreto-lei nº 486, de 3.3.69, está isento da obrigação de manter livros comerciais. Todavia, no que se refere à escrituração irregular, poder-se-ia vislumbrar figura *culposa*, sendo que parte do tipo previsto no art. 186, VI, LF, teria caráter *negligente* na omissão, e a outra parte, *doloso*, em um tipo *complexo alternativo*.

Na hipótese de aceitar a posição de Bonelli, repetida por Miranda Valverde, em seus comentários à Lei de Falência, “o simples fato positiva o crime, pois revela uma conduta irregular do comerciante, uma negligência imperdoável”. Os crimes falimentares de mera conduta são dolosos. Para nós, é a melhor doutrina, embora o comerciante sempre responda diretamente pela boa ordem dos livros (culpa *in vigilando* e *in eligendo*), a fim de combater a responsabilidade objetiva; tal culpa seria pesquisada *in concreto*. É evidente que não se deve confundir com o previsto no art. 188, VII, LF - omissão na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que nela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito. Indaga-se se o ato constitui ilícito penal independentemente da declaração da quebra: pode-se aplicar a regra do art. 70, parágrafo único, do Código Penal⁶⁰, prevalecendo o juízo falimentar⁶¹. No crime falimentar, não

⁵⁷ V. art. 186, VI, da LF.

⁵⁸ V. art. 297, § 2º, do CP.

⁵⁹ Cf Conti, **Il reati fallimentari**, 1955; **Diritto penale commerciale**, 1967, Utet, Turim.

⁶⁰ V. art. 192 da Lei de Falências.

⁶¹ Art. 78, nº IV, do CPC.

há que reconhecer o concurso ideal de tipos penais, pois, como definimos, é um *crime único*: se Caio comete uma pluralidade de ações ou omissões típicas (tipo misto alternativo), responderá com um só crime falimentar, em razão do seu caráter unitário. A pluralidade de infrações servirá de indicador ao juiz penal para a medida da pena, consideradas a gravidade e a qualidade dos fatos desvalorados. A partir do acórdão de 26 de julho de 1900 da Corte Suprema da Itália, que reconheceu a prática de crimes de bancarrota fraudulenta, inexistindo concurso real de tipos penais, mas sim um único fato complexo, surgiram na doutrina diversos questionamentos. Tuozzi critica sustentando tratar-se de concurso real de tipos penais, ao passo que Noto-Sardegna entende que a bancarrota fraudulenta exclui a simples, pois o objetivo é único. Carrara é também pela absorção, no que lhe segue Longhi apontando inúmeras analogias.

O elemento subjetivo do tipo inscrito no art. 187 é o dolo com o especial fim de agir. Aliás, é crime falimentar o ato fraudulento que, praticado antes da falência, prejudique os credores. Não importa que o ilícito patrimonial seja também punido pelo Código Penal ou até estranho à Lei de Falências. É relevante que tenha pertinência com a conduta típica falimentar, pois absorve-se para formar um *crime único* (v.g.: Caio desvia bens através da falsificação de documentos públicos ou particulares). O crime falimentar⁶² coexiste com o crime de falsificação⁶³. No que tange ao concurso aparente de tipos, há que examinar *in casu*, resolvendo-se pela regra da *especialidade* (caso em que não haverá concurso de tipos penais coexistentes mas um só crime). No mesmo exemplo citado, a falsificação da escrituração contábil⁶⁴ constitui um só crime falimentar, ficando excluída a falsificação de documento público prevista no art. 297 do Código Penal. O conflito de preceitos legais se resolve na *unicidade* de delito pela aplicação de uma só norma. A operação de determinar a preeminência de uma norma, diante de outras que tipificam a mesma espécie, deve partir de um pressuposto necessário: unicidade de fato como unidade simples ou complexa e unidade na caracterização do fato como delitivo, por pluralidade de normas. Se não há tais pressupostos, não há concorrência aparente. No concurso de tipos coexistentes, a aplicação de uma impede a aplicabilidade de outra.

⁶² V. art. 188, n° III, da LF.

⁶³ V. arts. 297 a 299 do Código Penal.

⁶⁴ V. art. 188, VI, da LF.

Não cabe a contestação do caráter complexo do tipo falimentar, pois o crime do falido, a diminuição patrimonial, jamais poderia ser *furto* (subtração pelo próprio titular), muito menos *estelionato* ou apropriação indébita. O crime é um *fato* e um *ato* jurídico. Fato jurídico é todo acontecimento a que se ligam efeitos de direito e ato é a declaração de vontade no intuito de produzir efeito jurídico. O crime, pelo autor, é *ato* e, sob o prisma da mutação no mundo exterior, é fato jurídico.

O Decreto-lei nº 7.661, de 1945 consagrou a teoria de que o crime falimentar não é a falência *per se*, mas cada um dos fatos enumerados na lei. Também, em virtude da Exposição de Motivos (*a concepção de tradicionais figuras, sobretudo da pretensa “falência negligente”, que aboliu a categoria dos crimes falimentares negligentes, traduzindo em crime de dolo de perigo*), cuja “punibilidade é subordinada à condição objetiva da falência”. Assim, se Caio, o lesado, foi excluído do quadro de credores da massa falida, inexistente crime falimentar, mas sim de apropriação indébita do autor do fato, Tício.

É patente a deficiência do texto penal falimentar, devendo aplicar-se a Parte Geral do Código Penal, no que for conciliável, às disposições penais falimentares. Embora a Lei de Falências tenha adotado a *teoria da falência-condição*, há uma exceção à *teoria da falência-crime*, quando da *gestão fraudulenta ou temerária*, prevista na Lei nº 1.521, de 26.12.51, art. 3º, inciso IX, que é causa de falência ou da insolvência.

De resto, o fundamento da punição do crime falimentar situa-se em cinco partes vitais: **a)** na falência *per se* compromete a função social do crédito; **b)** na existência do abuso de confiança em relação a terceiros; **c)** no aspecto ético dos atos praticados pelo falido; **d)** nas consequências gerais que o dano acarreta; **e)** na exigência de garantias protecionistas ao crédito. A punição se justifica, em síntese, pelo aspecto *concurssual*, isto é, da intervenção de uma ou várias condições típicas. Sendo um evento de lesão, a insolvência se constitui no resultado típico, após a decretação da falência. A insolvência é sempre lesiva, pouco importando que, *a posteriori*, pela liquidação do ativo, o credor venha a ser pago, pois tal pagamento é tardio, duvidoso, sujeito a risco, quando jamais atualizado, afora as despesas e perda do capital de giro do credor.

A falência é um mero remédio processual *sui generis* em relação às suas formas e aos seus efeitos.

6. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O dolo, conhecimento e vontade referidos no tipo objetivo, reúne tanto a modalidade de conduta como o resultado típico (insolvência). Há que obedecer ao dirigismo finalístico da vontade de lucrar, não satisfazendo suas dívidas. A pretendida presunção *iuris et de iure* carece de vigência no Direito Penal. A se manter a presunção *iuris* de fraude, deve referir-se à tipicidade. O juiz penal deverá chegar à certeza legal da existência do elemento subjetivo, *intenção de fraudar os credores*, e operar com a certeza formal da existência do dolo. A lei obriga o juiz a indagar as causas da falência no elenco normativo. Ripollés defende a atipicidade do comerciante carente de contabilidade cuja insolvência é atribuível ao administrador que tenha fugido com os fundos de caixa. Cita-se o clássico exemplo do comerciante que, sem escriturar seus livros, torna-se insolvente por tempestades que fizeram inundar sua loja e perecer suas mercadorias⁶⁵. O juiz penal deverá verificar a relação de causalidade entre a insolvência e a deficiente administração mercantil normatizada.

O mestre Pontes de Miranda diz que, para a existência do crime falimentar, não há necessidade do dolo ou da negligência, enquanto Hungria sustenta só haver crimes falimentares dolosos. O jurista Stevenson, ao dividir os crimes falimentares em *próprios*, *especiais* e *impróprios*, diz que os crimes falimentares próprios são os do falido, subdividindo-se nas duas modalidades principais: falência culposa e fraudulenta, respectivamente, *crimes próprios culposos e dolosos*.

Para o citado autor, o elemento subjetivo se reveste de dupla forma: culpa e dolo. A *negligência* consistiria na voluntária omissão de cuidados ordinários, produtora de um fato previsível contrário à lei, diverso daquele que se dirige à vontade. Não querendo o evento, o crime seria negligente, e doutrina que a lei estabelece normas de proceder que visam em primeiro lugar ao comerciante, para a defesa não apenas dos credores, mas principalmente do crédito mercantil e do interesse público. Com efeito, ao comerciante não é dado ignorar os particulares deveres da profissão, como também os que estejam incidentemente no trato com eles. São compelidos a abster-se de atos atentatórios ao patrimônio do devedor, garantia comum dos credores.

Nossos tribunais têm decidido com base na culpa *in eligendo* ou *vigilando*. Manuel Pedro Pimentel, na mesma linha de Muñoz Conde, sustenta

⁶⁵ Cf. Quintano Ripollés, *Tratado*, III, 73-74.

que os crimes falimentares previstos no art. 186 da Lei de Falências são de *mera conduta*. Aliás, Delitalla entende que determinados crimes falimentares podem ser cometidos tanto por dolo quanto por negligência.

Tendo a Exposição de Motivos da Lei de Falências suprimido a modalidade culposa, há que partir da *presunção do dolo*, embora em determinado tipo possa ser vislumbrada também a *forma culposa*. Soler ensina que, quando uma figura se apresenta só em uma das formas, a prevista é a forma *dolosa*. Porém, nos casos dos arts. 186, II (*despesas gerais injustificáveis*), VI (*escrituração irregular*), e 188, VII, da LF (*escrituração omissiva ou falsa*), só no plano do subjetivo pode ser verificado o elemento subjetivo. A nosso ver, se não admitirmos a excepcionalidade da culpa em sentido estrito ou os crimes de mera conduta, a conduta será atípica.

Autores há que defendem que o crime é a *própria falência*⁶⁶, ao passo que outra corrente entende que o crime não é a falência *per se*, mas *determinada conduta* ou *fato relacionado na lei*⁶⁷.

Portanto, há divergências fundamentais quanto ao *elemento subjetivo* e à *natureza jurídica* do crime falimentar, a resumir:

a) o crime é falência quando acompanhado de certas circunstâncias;
b) o crime é um conjunto de atos causadores ou agravadores não da falência *per se*, mas da insolvência⁶⁸.

Não podemos olvidar as tendências do Direito francês e do norte-americano, que prevêm certa forma de intervenção judicial nas empresas.

Surgem várias teorias: **a)** teoria da falência-crime; **b)** teoria da dupla presunção legal; **c)** teoria da falência-condição.

Cabe-nos analisá-las, individualmente:

a) TEORIA DA FALÊNCIA-CRIME

O objeto material da ação no crime falimentar é a própria falência declarada, com a qual são lesados os credores. Inicialmente, tal corrente punia todos os falidos - *infami et intamissii; deceptores et fraudatores*⁶⁹; porém, há um abrandamento, visto que nem em todas as falências há *culpa*

⁶⁶ Neste sentido: Baldo, Bonelli e Provincialli.

⁶⁷ Neste sentido: Nuvolone, Antolisei, Rovelli e Punzo.

⁶⁸ Neste sentido: Alfredo Rocco, *Il fallimento*, 1917; Longhi, *Bancarotta ed altri reati...*, Milão, 1930.

⁶⁹ Neste sentido: Baldo.

ou *fraude* do devedor. A presunção *juris et de jure* passa a ser *juris tantum* no campo da culpabilidade do falido. Todavia, em razão das dificuldades da prova, voltou a ser *juris et de jure*; as circunstâncias e fatos diversos passam a ser ou não circunstâncias qualificativas.

Bonelli diz que o crime falimentar é “a quebra do comerciante na falência, precedida ou seguida de circunstâncias de culpa e dolo, especificamente designadas por lei”. Seria um crime qualificado, cujo elemento subjetivo se deslocaria do *caput* para as causas especiais de aumento de pena. Tal teoria foi combatida por Punzo, apontando os seguintes defeitos: **a)** consagração da responsabilidade objetiva - a caracterização de uma circunstância induz à presunção *juris et de jure* de culpabilidade; **b)** a falência *per se* não pode ser objeto material da ação do crime falimentar por não ser ato do devedor, apenas uma situação de direito determinada judicialmente para a realização do ativo e liquidação do passivo.

b) TEORIA DA DUPLA PRESUNÇÃO LEGAL

É acolhida nas legislações penais falimentares em razão da transição entre a responsabilidade penal por dano objetivo e a responsabilidade penal por dano (dolo-culpa) do Direito moderno. São *características*: **a)** o crime não seria a falência declarada judicialmente, mas a situação de insolvência criada ou agravada pelo devedor, reconhecida formalmente na sentença declaratória; **b)** a falência não é um crime, apenas um fato danoso. Não se pune a falência, mas a causação ou agravamento da insolvência que der a causa.

Para Longhi⁷⁰, o crime falimentar não consiste somente no fato de o devedor não honrar as obrigações, mas também de agir no sentido de piorar a situação econômica dos credores. Tal doutrina cria duas *presunções legais*: **a)** a verificação de que qualquer fato relacionado na lei é suficiente para demonstrar que o devedor, e não apenas naquela hipótese, tinha conduta desregrada; **b)** a conduta desregrada do devedor é causa da falência-presunção absoluta. Para autores como Rocco, é difícil a descoberta do fato causador da falência, agindo a lei através de presunções por força da tradição.

⁷⁰ Longhi, *Bancarotta ed altri reati*, 1930, 67.

O crime falimentar não seria um ato isolado, mas um complexo de atos praticados pelo devedor, “uma conduta em seu complexo reprovável”⁷¹.

Na *teoria da falência-crime*, a verificação de uma circunstância cria a presunção de que a falência foi dolosa ou culposa, e na *teoria da dupla presunção legal* o mesmo resultado é atingido, presumindo: **a)** que tal circunstância revela conduta geral irregular; **b)** tenha causado a insolvência judicialmente declarada. A *teoria da falência-crime* é adotada por Carrara⁷², na forma culposa, pois no crime falimentar culposos a falência deveria ocorrer como consequência direta de uma conduta culposa, ao passo que na fraudulenta pune-se a fraude.

c) TEORIA DA FALÊNCIA-CONDIÇÃO

É sustentada pelos autores que entendem que os crimes falimentares são os diversos fatos previstos em lei. Assim, teríamos a falência constituindo condição objetiva de punibilidade, de procedibilidade ou de existência do crime.

A conduta do devedor é punível por ato praticado *antes* ou *depois* da falência, tipificada como crime falimentar, porém, somente punível após a sentença declaratória de quebra⁷³. Há em tais arrais discrepância sobre vários temas: momento consumativo, unidade e pluralidade de crimes, tentativa, elemento subjetivo, co-autoria, objeto jurídico. No que tange à natureza jurídica como condição, existem duas posições doutrinárias básicas, partindo da falência como condição de punibilidade, que se subdivide: **a)** é condição *intrínseca* do crime, sem o qual inexistente; **b)** é condição *extrínseca*, condicionada à punibilidade de um crime já consumado.

Na doutrina encontramos as seguintes posições: **a)** Nuvolone: a falência é uma condição objetiva *intrínseca*, exercendo um efeito qualificante sobre a objetividade jurídica do crime. Antes da sentença declaratória, os fatos constitutivos do crime condicional são sempre reversíveis. A *restitutio in integrum* eliminaria a confirmação do ilícito; **b)** Manzini: as condições de punibilidade do fato são extrínsecas, porque, se não ocorrem, o fato não constitui crime⁷⁴; **c)** Azzolina sustenta posição *eclética*, entendendo que a

⁷¹. Neste sentido: Binding.

⁷². Cf. Carrara, **Programma**, § 3.495.

⁷³. Neste sentido: Nuvolone, Antolisei, Rovelli, Maurach, Punzo, Mayer, Delitalla e Azzolina.

⁷⁴. Cf. Manzini, **Trattato**, § 213.

condição objetiva é *extrínseca*, e a conduta é *intrínseca* à configuração do crime falimentar.

Uma *quaestio juris* é saber se a *sentença declaratória de falência* é mera condição de procedibilidade (semelhante à representação ou requisição). Para Punzo, a falência é uma condição de existência do crime falimentar, e os crimes falimentares teriam a natureza de *reati a forma vincolata*. Na redação dos textos penais falimentares, há resquícios da *teoria de falência-crime*. Realmente procede a afirmação de Magalhães Noronha de que há falta de nitidez entre as condições objetivas de punibilidade e de procedibilidade. Já H. Mayer diz do valor parcial, por força da unidade dos direitos substantivo e adjetivo no campo penal. É condição constitutiva intrínseca, isto é, elemento constitutivo do tipo falimentar.

A sentença declaratória da falência é, portanto, condição existencial do ilícito penal.

7. TIPOS FALIMENTARES DOLOSOS A NEGLIGENTES

Há efetiva repercussão do instituto da reabilitação na atividade do falido condenado pela prática de crime falimentar devido à extinção da interdição do exercício do comércio. Para tal, são necessários dois requisitos: **a)** o prazo de dois anos decorridos da data em que finda a execução da pena de detenção; **b)** ou, no caso de pena privativa de liberdade de reclusão, contada da data em que finde o seu cumprimento. Para o pedido, deverá o condenado juntar a certidão da sentença declaratória da extinção de suas obrigações e a certidão do cumprimento da pena imposta, julgando extinta a punibilidade.

A prescrição nos crimes falimentares é matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência. A Lei de Falências, em seu artigo 199⁷⁵, estabeleceu que “a prescrição extintiva de punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos, e o biênio começa a correr da data em que transita em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata”, firmando *ope legis* que o prazo da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória é de *dois anos*. Todavia, embora inexistindo divergência em relação ao prazo da prescrição da pretensão executória, o mesmo não se pode firmar em relação à prescrição da pretensão punitiva. O artigo 132, § 1º, da LF dispõe que o

⁷⁵ V. Decreto-lei nº 7.661, de 21.6.1945.

processo falimentar deverá estar encerrado no prazo de dois anos depois da sentença declaratória de falência, que contradiz com a realidade factual que demonstra que, por sua própria natureza, há obstáculos intransponíveis para que os juízos possam encerrá-lo no biênio legal, o que tornaria impossível a decretação da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva no caso do crime falimentar.

Já o voto no STF do Ministro Pedro Chaves mostrou que o falido é o maior responsável pelo atraso do processo da falência, sempre dependente da provocação do síndico, do liquidatário, do curador das massas falidas e até do próprio Juiz de Falências e Concordatas⁷⁶. Como já vimos, será sempre de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, *ex vi* do artigo 112, I, do CP, quando se trata de pretensão executória. O STF, diante da realidade, passou a admitir a prescrição da pretensão punitiva a partir da data em que *deveria* ser encerrada a falência com apoio no citado artigo 132, § 1º, da LF e, salvo no caso de força maior, devidamente provado, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da sentença declaratória falimentar. A Súmula 147 do STF estabelece que: *A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que encerrar ou que julgar cumprida a concordata*⁷⁷. Buscava, assim, uma saída para o rigor do formalismo estrito diante da realidade, extinguindo-se a controvérsia.

Aduza-se que, pela Súmula 592 do STF, *nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição prevista no Código Penal*, pois não se poderia olvidar o artigo 12 do CP (*as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*). Quanto à prescrição retroativa nos crimes falimentares, devido à Reforma Penal de 1984, passou a ser admitida, *por termo inicial, data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*, passando a se contar retroativamente *também* da data do recebimento da denúncia à data da decretação da sentença declaratória de falência (dois anos). Dispensa discutir as três correntes de opinião diante do direito sumular.

Contudo, a orientação dominante e prática se resume em entender a ocorrência do crime falimentar, quando concorrem com a falência os fatos

⁷⁶ STF, HC 39.916.

⁷⁷ STF, RE 94.930, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 17.4.1982, RTJ 103/1223.

típicos descritos literalmente nos artigos 186 a 188 da Lei de Falências. Desta forma, a legislação pátria cingiu-se a enunciar os fatos reprováveis ético-juridicamente, despida de qualquer preocupação classificatória. Seguindo a tradição, os tipos culposos estariam enumerados no artigo 186 da LF e os tipos dolosos relacionados no artigo 188 do citado diploma legal.

Dispõe o art. 186: *Será punido o devedor com detenção de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: I - gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal; II - despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; III - emprego de meios ruinosos para obter recursos a retardar a declaração de falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito; IV - abuso de responsabilidade de mero favor; V - prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de bolsa; VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa; VII - falta de apresentação do balanço, dentro de sessenta dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver seu estabelecimento principal.* O parágrafo único isenta da punibilidade, nas hipóteses dos incs. VI a VII, relativamente aos livros e rubrica nos balanços, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente a explorar comércio exíguo. A propósito dessa isenção, lembramos que leis especiais facilitam o pequeno empresário, cuja atividade seja de cunho artesanal ou em que predomine o próprio trabalho e o de sua família, ficando dispensado da obrigação de escrita contábil.

Cumpre-nos analisar objetivamente os tipos referidos. Vejamos:

a) reprovam-se os gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal. O que tipifica o ilícito penal falimentar são os gastos “manifestamente excessivos”. A lei anterior aludia ao luxo e prodigalidade, no que a presente foi mais cautelosa, limitando-se ao exagero não passível de justificação. No que tange ao conceito de família, base da sociedade, diante da Constituição Federativa de 1988, *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...* Outrossim, *cabedal* significa bens livres ou desobrigados e acumulados, isto é, o patrimônio do empresário que constitui a garantia de seus credores. Os gastos excessivos *per se* não tipificam a conduta se o

seu patrimônio é vultoso e forem contidos de maneira prudente diante das adversidades financeiras de sua empresa. Não aceitamos a posição daqueles que entendem não ser lícito o gasto superior aos lucros da empresa, pois, em determinada situação conjuntural episódica, o empresário trabalha *no vermelho*, e não se poderia impedi-lo de tentar superar a crise, inibindo suas despesas quando ocorrem prejuízos;

b) trata-se de despesas gerais, do negócio ou da empresa, injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e outras circunstâncias análogas. O legislador reprovava a feitura de despesas gerais desproporcionadas ou injustificáveis. Há necessidade de uma mínima relação objetiva de causalidade com a insolvência, excluindo fatos passados ou remotos quando era outra a situação do devedor. As *despesas gerais* são as necessárias ao funcionamento e sucesso do negócio, dedutíveis da renda para efeito tributário e até reguladas na legislação do imposto de renda, e podem ser permanentes ou eventuais. Quando tais despesas estão ligadas à propaganda para levantar as vendas, diante de súbitos aumentos de salários e impostos, taxas de juros elevadíssimas, concorrência imprevisível, não se pode rotular de despesas *injustificáveis*, sendo atípica a conduta. A reprovabilidade do atuar está ligada à ausência do dever objetivo da cautela nos negócios exigíveis ao empresário;

c) cuida-se do emprego de meios ruinosos para obter recursos a retardar a declaração de falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou sucessiva reforma de títulos de crédito. O legislador englobou fatos previstos no artigo 168, da lei anterior, sendo, em síntese, o obrar constituído por meios ruinosos característicos do retardamento à falência. Deriva da obrigação de o comerciante confessar a própria falência, se impossibilitado de solver obrigação líquida, e o prazo legal é de trinta dias se não tiver relevante razão de direito para não pagar. A impontualidade caracteriza a falência. Tal conduta de satisfazer credores exigentes constitui violação do princípio *per conditio creditorum*, que a lei visa a proteger. Assim, cumpre verificar o *fim-objetivo* do obrar, de retardar a falência pela realização de pagamentos à custa de meios ruinosos. Lembre-se de que as liquidações destinadas à renovação de estoques, à venda de artigos com preços reduzidos por defeitos ou necessidade de fazer caixa para a reforma de títulos, sem comprometimento das disponibilidades, não constituem conduta típica. Exclui-se o pagamento de luvas, pois se refere

à necessidade de manutenção do estabelecimento no ponto explorado. Porém, a sucessiva reforma de títulos caracteriza o retardamento da falência, considerando que causa um gravame de despesas e juros;

d) constitui crime falimentar “abuso de responsabilidade de mero favor”. Na lição de Bento de Faria, o legislador só puniu o *abuso*, tolerando o *uso*. Trata-se do ato praticado através do aceite ou comissão de títulos de crédito cambiário. Constituem-se nas “letras de favor”, que não têm por causa uma operação econômica, são baseadas tão-só no crédito. Como ensina Rubens Requião “pode não haver crédito proveniente de uma dívida ou obrigação preexistente, mas sempre é possível conceder-se crédito a outrem”⁷⁸. Não se limita a reprovabilidade da conduta ao abuso da emissão de letras de favor, mas também aos abusos de emissão ou aceite de títulos de crédito, concessão de avais, endossos e fianças⁷⁹. No caso da fiança de caráter civil, é típica a conduta quando não só há o abuso, mas principalmente quando é proibida pelo contrato social do falido;

e) ocorrência de prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de bolsa, visando-se a obstaculizar aventuras. Na lição dos comerciantes, pune-se a imprevidência pelos desvirtuamentos da atividade comercial, através de empréstimos exagerados, abertura de filiais para a concorrência desleal a competidores em situação segura. Há que provar o prejuízo;

f) refere-se à inexistência dos livros obrigatórios ou a sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. A matéria, ao final, é destacada em nosso comentário, quando tratamos que, embora os livros contábeis sejam escriturados obrigatoriamente por profissionais habilitados legalmente, inexistente excusa da reprochabilidade comportamental do empresário *in vigilando* ou *in eligendo*. O guarda-livros no caso é co-autor. A legislação italiana distingue a irregularidade nos livros, a falta de livros e a falsificação, simulação nos assentamentos; a falta do “diário” e do “copiador” torna a falência negligente;

g) finalmente, o elenco se esgota com a falta de apresentação de balanço, dentro de sessenta dias após a data fixada para o encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o estabelecimento principal. O legislador objetivava evitar o atraso na escrituração, razão pela qual

⁷⁸ Cf. Rubens Requião, **Curso de direito falimentar**, v. 2, Saraiva, 1991, 152.

⁷⁹ Idem, *ibidem*.

impunha a rubrica do juiz no livro “diário”, bem como impossibilitava a recomposição da escrita para servir à falência ou à concordata. Hoje, há descriminalização pelo direito pretoriano de que a falta de rubrica do juiz no balanço não importa em crime falimentar,

Cumpre-nos agora analisar os *tipos dolosos*. Vejamos: o artigo 187 da LF dispõe que será punido com pena privativa de liberdade de reclusão, de um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, *antes* ou *depois* da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores. Trata-se de sanção penal aplicada aos atos fraudulentos ligados à falência. O Código Penal reprime o estelionato, a fraude no comércio e a fraude na execução. Temos o dolo com especial fim de agir, que é o prejuízo real ou potencial aos credores. Saliente-se que as perdas devem ser de vulto, colocando em risco o patrimônio dos credores; os atos fraudulentos estão em **numerus clausus** no art. 188, cujo texto é o seguinte: *Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos: I - simulação de capital para obtenção de maior crédito; II - pagamento antecipado de um dos credores em prejuízo de outros; III - desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente; IV - simulação de despesas de dívidas ativas ou passivas e de perdas; V - perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie; VI - falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira; VII - omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito; VIII - destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios; IX - ser o falido leiloeiro ou corretor.*

Como vemos, as hipóteses legais são formas diversas de simulação, desvio do ativo, ou falso aumento do passivo, ou nas formas de falsificação de livros ou registros e outras ilicitudes similares. Aliás, como modalidades típicas especiais de detração do ativo, ou mesmo fraude na própria falência, teríamos: **a)** perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogo de qualquer espécie; **b)** a falência do corretor ou leiloeiro. Cumpre-nos analisar objetivamente os pontos principais dos atos fraudulentos exemplificados:

a) simulação de capital para obtenção de maior crédito - deverá ocorrer verdadeira simulação de capital, sendo que a legislação anterior tratava da hipótese de capital declarado maior do que o realizado. Sabemos

que é lícita a declaração de capital a realizar em parte, razão pela qual a conduta só é típica com a presença do dolo com especial fim de agir, *in casu*, a simulação para obter maior crédito, o que poderá ocorrer diante da desproporção entre capital verdadeiro e o declarado ou pela sonegação de entrada do ativo, quando da reorganização da firma no aumento de capital;

b) pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros - a matéria já foi anteriormente citada, visando-se a reprimir a violação da *conditio creditorum*. Obviamente que o ônus da prova incumbe a quem se julga prejudicado. O devedor não pode antecipar o pagamento por gratidão ou sob pressão lobística, pois estará diminuindo a garantia do crédito dos demais credores, causando-lhes grave prejuízo. O pagamento deverá ser feito mediante rateio no final do processo da falência, concorrendo todos os credores com igual oportunidade de verem satisfeitos os seus créditos. A nosso aviso, não se trata de modalidade dolosa, e sim culposa; porém, pela concursualidade com a falência, há crime falimentar;

c) desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente - o objetivo é o mesmo: evitar reduzir o monte a ser rateado. Se o desvio se der antes da falência configura a tipicidade penal ora aumentada, ao passo que se ocorrer depois da sentença declaratória de falência teremos a violação do artigo 189, I, da LF, pois aí os bens já passaram a pertencer à massa falida. A modalidade mais comum é a forma de ocultação de coisas através da compra em nome de terceiros;

d) simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas - trata-se do ato de simular, que é incompatível com a modalidade culposa. Constitui-se no atuar doloso que se traduzirá em falsidade refletida na escrituração dos livros, podendo também ocorrer a violação dos incisos VI e VII. A ausência do dever objetivo de cuidado, diante da modalidade de negligência, torna atípica a conduta. Há um aspecto a ser observado, que diz respeito à duplicata simulada, em que não correspondem a expedição e o aceite a uma efetiva venda de bens ou a uma real prestação de serviços, sendo levada a desconto em instituições financeiras ou apresentando como reforço de garantia em operações de financiamento. Sabemos que o fato está tipificado no artigo 172 do Código Penal⁸⁰. A antiga Lei de Falências capitulava o fato como típico crime falimentar no artigo 168, inciso 8º, do Decreto nº 5.746/1929 (falência culposa). A atual Lei de Falências não se

⁸⁰ V. Lei nº 5.472, de 18 de julho de 1968.

refere à duplicata simulada, porém pode ser o fato tipificado no artigo 188, IV da LF (*simulação de despesa, de dívidas ativas ou passivas e de perdas*)⁸¹. Exemplifique-se as *perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie*, como já estudamos na figura prevista no inciso V do artigo 186 da LF; aqui não se trata de “operação arriscada”, mas sim de operações de puro acaso, sem qualquer margem de previsibilidade do risco aceito (*ia quid pierunque accidit*). Trata-se de jogo de azar que também constitui contravenção penal;

e) *falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira* - sabe-se que a escrituração dos livros comerciais tem crédito público, retratando a fidelidade da vida do empresário. Configura-se tanto no ato de falsificar como no de alterar o seu conteúdo (v.g.: se Caio substitui o livro “Diário” em que lançava suas operações por outro, preparando a sua falência, há *falsificação*; ao passo que, se Tício altera o conteúdo dos livros obrigatórios, acrescentando, subtraindo ou substituindo palavras ou números, ocorrerá *alteração*)⁸². Para efeitos penais, os livros mercantis equiparam-se a documento público⁸³. Aduzase que, com a sentença declaratória de falência, aplica-se a lei falimentar (*lex specialis derogat legis generalis*), resolvendo-se o concurso de tipos penais. Obviamente, sem a declaração de quebra, aplica-se o artigo 297, § 2º, do CP. O elemento subjetivo do tipo é o dolo (falsificação material);

f) *omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito* - trata-se de falsificação ideológica⁸⁴, que deve concorrer coma falência, resolvendo-se o conflito de tipos penais concorrentes;

g) *destruição, inutilização ou supressão total ou parcial, dos livros obrigatórios* - o que é relevante mencionar, citando-se Miranda Valverde, é que a destruição, inutilização ou supressão de livros obrigatórios têm maior interesse para a avaliação da conduta do devedor e de seu obrar típico⁸⁵.

⁸¹ No mesmo sentido: Rubens Requião, *op. cit.*, v. II, 455, 156/157.

⁸² Neste sentido: Miranda Valverde, **Comentários à Lei de Falências**, v. III, 73.

⁸³ V. artigo 297, § 2º, do CP.

⁸⁴ V. art. 299 do Código Penal.

⁸⁵ Cf. Miranda Valverde, *op. cit.*, vol. III, 75.

O atuar tem correspondência típica objetiva no art. 305 do CP; o elemento subjetivo é o dolo, admitindo-se o atuar por ausência de cuidado;

h) *ser o falido leiloeiro ou corretor* - ensina Waldemar Ferreira que se os corretores oficiais exercem ofício público, estão proibidos de comerciar a os leiloeiros, como mandatários ou como comissários mercantis, são comerciantes, inexistindo qualquer paradoxo no presente dispositivo legal⁸⁶. O mestre Pontes Miranda diz que “basta que se abra a falência do leiloeiro ou do corretor. Não importa se as dívidas são provenientes de operações de leiloeiro, ou de corretor, ou de outros negócios jurídicos ou de outras fontes”⁸⁷. Trata-se de caso típico de *responsabilidade objetiva*, aplicado tão-somente aos leiloeiros a corretores *oficiais*.

Ainda a Lei de Falências tipificou como crimes falimentares dolosos: **a) *ocultação ou desvio de bem da massa, pelo falido ou qualquer outra pessoa, inclusive as enumeradas no artigo 190 da LF***; **b) *apresentação da declaração de crédito ou de reclamação falsa na falência ou na concordata preventiva, ou o fato de juntar a elas títulos falsos ou simulados, por qualquer pessoa, por si ou por interposta pessoa ou procurador***; **c) *reconhecimento pelo devedor de créditos falsos ou simulados, como verdadeiros***; **d) *a falsa ou inexata informação, parecer ou extrato dos livros do falido, ou a apresentação de relatório contrário à verdade, pelo síndico***. Todas as referidas figuras típicas (**a+b+c+d**) possuem como pressuposto a sentença declaratória de falência e, em determinadas hipóteses, a decretação de seqüestro. Sabemos que o devedor falido perde o direito de administração e disponibilidade de seus bens, a partir do momento da decretação judicial da falência, havendo a possibilidade de ordenação pelo juiz do seqüestro desses bens, mesmo anteriormente à sentença declaratória falimentar.

Para o injusto falimentar, exige-se, na primeira parte, a ocultação ou desvio de bens arrecadados, com o dolo com especial fim de agir (se Caio, ignorando tratar-se de coisas pertencentes à massa, subtrai, há injusto do tipo de furto e não do tipo falimentar). Os credores que dolosamente omitirem nas suas declarações de crédito a posse de bens do falido cometem crime falimentar, pois para o titular de um direito de um crédito é imprescindível que este seja *anterior* à sentença declaratória falimentar. Se houver relacionamento na *declaração retardatária*, o fato é atípico.

⁸⁶ Cf. Waldemar Ferreira, **Instituições de Direito Comercial**, v. I, 202.

⁸⁷ Cf. Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, tomo XXX, 339.

No caso das figuras **b** e **c**, sabemos que quem apresenta as declarações de crédito são os credores comerciais ou civis, e cujo conteúdo obrigatório deve estar de acordo com os termos do artigo 82 da LF e acompanhados dos documentos justificativos do crédito. Tal precedente é importantíssimo ao juiz para a verificação e julgamento dos créditos, de cuja sentença cabe apelação. Daí incriminarem-se as declarações ou reclamações falsas, ou a juntada de títulos falsos ou simulados. Se o devedor reconhecê-los como “verdadeiros” incorrerá nas penas cominadas pela incidência comportamental no artigo 189, III, da LF, ou ainda poderá tipificar o artigo 188, IV e VI, do referido diploma falimentar. Na figura **d**, trata-se do crime praticado pelo síndico a título de dolo. No processo, as segundas vias das declarações de crédito são encaminhadas ao síndico que, ao recebê-las, deverá exigir do falido ou de seu representante que preste informações, ocasião em que deverá consignar por escrito seu parecer acompanhado do extrato de conta do devedor, sempre seguido dos documentos oferecidos pelo falido e pelo próprio síndico. Recorde-se de que a função de síndico é indelegável, *ex vi* do artigo 61 da LF. Se o cargo é ocupado por pessoa jurídica, é responsável penalmente o representante que assinou o termo de compromisso. Não se pode olvidar a indagação: se a ilicitude foi na realidade praticada pelo procurador ou advogado, às vezes à revelia do síndico nominal.

Sem a prova do dolo na participação do síndico, a conduta é atípica, pois responsabilizá-lo por ato ilícito de terceiro constitui responsabilidade objetiva inadmitida no moderno Direito Penal da culpa.

Finalmente, os crimes falimentares podem ser imputados a terceiros, como já mencionamos, que podem figurar como autores ou co-autores do injusto falimentar (*delitos propriamente* ou *impropriamente falimentares*). Há duas vertentes interessantes: **(a)** a que sustenta a necessidade de que o terceiro tenha atuado no interesse do falido; **(b)** que não há tal requisito. Sady de Gusmão afirma com razão que os terceiros podem assumir formas ilícitas em seu atuar, senão vejamos: **a)** distração; **b)** receptação; **c)** dissimulação dos bens do falido; **d)** intromissão na falência de créditos falsos ou simulados; **e)** fraude no exercício do comércio sob outro nome⁸⁸. Aos credores se exige a lealdade, bem como aos representantes e administradores ou liquidantes das sociedades anônimas⁸⁹, e incidem também na falência dolosa se praticam os

⁸⁸. Cf. Sady de Gusmão, *Crime de falência*, 365.

⁸⁹. V. artigo 186, V1 a VII, da LF.

atos enunciados nos artigos 187, 188, excluído o último inciso, 189 e seus incisos, como qualquer terceiro, ou quando exercerem a sindicância, sem prejuízo do artigo 171, § 1º, do CP.

8. PENA E AÇÃO PENAL

a) A Lei de Falências⁹⁰ comina a pena privativa de liberdade de seis meses a três anos de detenção, quando concorrem para a falência os fatos descritos na norma contida no art. 186 do citado diploma; **b)** comina pena privativa de liberdade de um a quatro anos de reclusão, nos fatos tipificados nos arts. 187 a 188; **c)** comina pena privativa de liberdade de um a três anos de reclusão nos fatos tipificados no art. 189; **d)** comina pena privativa de liberdade de um a dois anos de detenção no fato tipificado no art. 190 do referido diploma especial.

A ação penal é pública incondicionada. Há possibilidade do reconhecimento do erro de proibição que, se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço; e, se inevitável, isenta de pena⁹¹.

A pena de interdição do exercício de comércio se constitui em efeito da condenação e está expressa no artigo 195 do Dec.-lei nº 7.661/45, que não foi revogado pela Lei nº 7.209/84. A legislação especial não foi atingida pela Reforma de 1984, pois o artigo 12 do CP, em sua redação, é expresso em que *as regras deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*, pelo que subsiste em vigor a norma especial referente à lei falimentar, inalterada pela nova orientação dada pela Reforma Penal de 1984 relativa à extinção das penas acessórias.

Sabemos que há duas correntes divergentes, a saber: **a)** a que sustenta a inexecutabilidade da interdição prevista no artigo 195 da LF, por força da supressão das penas acessórias trazida pela Lei nº 7.209/84, ocorrendo a não-inclusão entre os efeitos da condenação e por inexistir delimitação expressa do prazo para a sua duração⁹²; **b)** a que defende a manutenção da interdição, por força de sua específica natureza, como também devido ao acolhimento do princípio da especialidade no artigo 12 do CP⁹³. A interdição do comércio

⁹⁰ Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

⁹¹ V. art. 21, do CP.

⁹² Neste sentido: **RT** 596/331, 598/290, 609/315, 610/316, 611/333, 615/265, 617/284, 618/290, 637/241.

⁹³ Neste sentido: **RT** 622/279, 626/255, 628/298, 629/305, 636/267, 639/394, 653/372, 656/276, 657/265, 658/340, 661/349.

se diferencia das penas acessórias, que, como as penas de interdição temporárias de direitos, limitam-se a atividades que exigem habilitação especial sob o controle do poder público. Assim, como sustentamos, é puro efeito da condenação por crime falimentar, não vedado pela nova Parte Geral. A duração da interdição é ditada pela lei, contando-se do dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade imposta até a decretação do sigilo dos registros pela reabilitação. Todavia, os prazos podem ser reduzidos pela sentença para dois anos na hipótese da reabilitação, *ex vi* do artigo 94 do CP. Se o condenado no prazo da interdição exercer o comércio, comete injusto do tipo de desobediência em razão do artigo 335 do CP.

Com o despacho de recebimento da denúncia ou queixa e respectiva citação, inicia-se a ação penal, e o processo passa a ser regulado pelas normas procedimentais pertinentes à forma ordinária (pena de reclusão) ou sumária (pena de detenção), observadas as regras pertinentes à instrução criminal⁹⁴ e do processo a julgamento dos crimes da competência do juiz singular⁹⁵. A competência do juízo falimentar estende-se até o recebimento da denúncia ou queixa ou a determinação do apensamento dos autos do inquérito ao processo da falência. Ocorrendo concurso ideal de tipos penais concorrentes, referido no artigo 192 da LF, dar-se-á a apresentação conjunta no *juízo da quebra*, podendo, de forma tão-só suplementar, iniciar-se no *juízo penal*, em razão do *descumprimento* dos prazos estabelecidos nos artigos 108, parágrafo único, a 194 da LF ou em razão da rejeição da denúncia ou queixa, *ex vi* do artigo 113 da LF. Recorde-se de que o foro competente para o processo e julgamento dos crimes falimentares é o do lugar onde foi declarada a falência, ocorrendo no processo falimentar não uma hipótese de competência territorial especial, pois há que incluir os casos de *competência funcional*. Seguindo a lição de Chiovenda, como patamar da competência territorial subordinada do princípio da prorrogabilidade, diante de uma competência improrrogável, não cabe uma simples competência territorial⁹⁶. Ao final, recebida a denúncia ou a queixa, será procedida a citação do réu para o interrogatório, sendo notificados o órgão do Ministério Público, o querelante e a parte assistente. A requisição de inquérito policial só é cabível

⁹⁴ V. artigos 394 a 405 do CPP.

⁹⁵ V. artigos 498 a 502, CPP.

⁹⁶ Cf. Chiovenda, **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., 1965, 195.

se a denúncia se referir a fatos distintos dos anteriormente mencionados nos autos do inquérito apensado. Aliás, o inquérito judicial se constitui em um procedimento preliminar de investigação ratificada em juízo.

O Projeto de Lei nº 1.655/85 manteve a supressão originária do *inquérito judicial* substituindo-o por uma *investigação sumária* de caráter inquisitorial administrativo requerida ao *juiz da quebra* pelo órgão do Ministério Público e destinada a trazer elementos para formalizar o oferecimento da denúncia. O inquérito preparatório da ação penal terá início com o pedido de sua instauração formulado pelo síndico. Os prazos são peremptórios e contínuos em relação à propositura da ação penal perante o juízo falimentar. O despacho de recebimento da denúncia é dado pelo *juiz da quebra* e não pelo juiz penal que julgará o crime falimentar e tem como efeito obstaculizar a concordata suspensiva até a sentença penal definitiva. Se o passivo foi inferior a cem vezes o SM, ao inquérito judicial, com a falência, se reserva um procedimento sumário, que desconhece a ação penal subsidiária. Só há possibilidade do oferecimento da queixa no juízo penal na hipótese de descumprimento dos prazos, *ex vi* do artigo 46 do CPP.

Perante a Constituição Federativa de 1988, a interdição para o exercício do comércio é pena e não efeito da condenação⁹⁷. Como bem salienta a decisão do STJ, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância ao devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi impedido na Reforma Penal revogar a legislação especial, como se infere do artigo 12 do CP⁹⁸.

Diante do princípio da unicidade dos crimes falimentares, a unidade dos ilícitos falimentares praticados pelo falido é absoluta, abrangendo *todas* as condutas reprováveis, tanto *antes* como *depois* da decretação da falência. Aplica-se uma *única* pena, isto é, a mais grave. No concurso entre crime falimentar e crime comum, há duas situações a considerar: o ilícito falimentar também constitui crime comum (ato fraudulento - art. 187 da LF e o estelionato ou simulação de capital); o crime comum não configura o ilícito falimentar (dano praticado sobre bens arrecadados, apropriação indébita de depositário, fraude no comércio). Na primeira hipótese, o art. 192 determina: “Se o ato previsto” constitui crime *per se*, independentemente da declaração

⁹⁷ V. artigo 5º, inciso XLVI, alínea *a*.

⁹⁸ Cf. STF, Resp. 458, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, Unânime, RJ, 2.10.1989, **Ementário** nº 1, nº 162, *in fine*, 81.

de falência, aplica-se a regra do concurso ideal de tipos penais, *ex vi* do art. 70 do CP, dando-se um tratamento mais severo. O direito pretoriano dá procedência ao crime falimentar e aplica o princípio da unicidade sobre os ilícitos comuns concorrentes. Na segunda hipótese, só há crime comum.

9. QUESTÕES PROCESSUAIS. A PRESCRIÇÃO DO CRIME FALIMENTAR

A contagem do prazo prescricional dos crimes falimentares gerou três diferentes orientações jurisprudenciais:

a) o lapso prescricional começa a correr no dia em que passar em julgado a sentença que der por encerrada a falência ou cumprida a concordata, exatamente segundo a regra do parágrafo único do art. 199 da LF;

b) o lapso prescricional começa a correr no dia em que passar em julgado a sentença que der por encerrada a falência; mas, se o processo da falência não se encerrar no prazo previsto no § 1º do art. 132 da LF, a prescrição cumpre-se quatro anos depois da declaração da quebra, porquanto determina esse preceito que: *Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração*. Neste caso, em favor do falido, o prazo prescricional é contado a partir da data em que deveria estar encerrada a falência. Aos dois anos concedidos pelo § 1º do art. 132 (encerramento ficto), somam-se os dois anos assinalados no art. 199. Da reiteração de tal entendimento resultou a Súmula nº 147 do STF: *A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata*;

c) o lapso prescricional começa a correr no dia do recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, se a denúncia ou a queixa é recebida antes de completado o prazo fixado para o encerramento da falência, é a contar do recebimento que começa a fluir o prazo da prescrição da pretensão punitiva; se é recebida depois daquele prazo, o curso prescricional se interrompe, para no mesmo dia recomeçar a correr por inteiro. *De uma ou de outra forma, o prazo é sempre de dois anos*.

Essa interpretação, hoje predominante, que admite aos crimes falimentares a aplicação da regra geral contida no art. 117, I, do CP, pelo fato de que a lei especial não dispõe de modo diverso⁹⁹, consolidou-se na Súmula nº 592 do STF: *Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da*

⁹⁹ V. art. 12 do CP.

prescrição, previstas no Código Penal.

O prazo prescricional fixado no art. 199, *caput*, da LF, estende-se à pretensão executória, sem guardar qualquer relação com a pena imposta.

A orientação uniforme do STF, quanto ao despacho de recebimento da denúncia por crime falimentar, é de que deve estar fundamentado, sob pena de nulidade, salvo se já houver sentença condenatória¹⁰⁰. O despacho pode ser sucinto, o que não deve ser confundido com palavras vagas e genéricas, perdendo o conteúdo essencial à fundamentação, o que o torna *inexistente*. É claro que o juiz penal não deverá exigir que se repita tudo que se encontra no inquérito ou examinar em prejulgamento os fatos nele narrados. Porém, não é suficiente a fundamentação do despacho de recebimento quando o juiz faz remissão expressa à peça inaugural que, com base no inquérito judicial, narra claramente os fatos típicos¹⁰¹.

O recebimento da denúncia interrompe a prescrição; embora exista uma pluralidade de fatos *per se* responsáveis penalmente, o ilícito falimentar é um *crime único* (v.g.: se a falência foi decretada em 8 de janeiro de 1982 e foi encerrada dois anos depois, isto é, em 8 de janeiro de 1984, o biênio prescricional se completaria em 8 de janeiro de 1986. Contudo, se em 5 de janeiro de 1983 foi recebida a denúncia, interrompe-se a prescrição, que começa a correr desta data).

O STF entende que nos crimes societários não é indispensável a individualização da conduta de cada indiciado na oferta da denúncia, bem como que o prazo do art. 106 do Decreto-lei n° 7.661/45 é contínuo e peremptório, correndo em cartório, independentemente de publicação e de intimação.

O despacho de recebimento dado pelo juiz da falência obsta a concordata suspensiva até a sentença penal definitiva. Não obstará, contudo, se a concessão da concordata se verificar antes do provimento do recurso do despacho de rejeição da peça acusatória; nesse caso, só poderá ser rescindida a concordata pela condenação do concordatário por crime falimentar. ◆

¹⁰⁰. V. Súmula n° 564.

¹⁰¹. STJ, **Ementário** n° 1, n° 480, 191.

O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL*

UADI LAMMÊGO BULOS

Professor de Direito Constitucional

*“Mais vale um juiz bom e prudente do que uma boa lei.
Com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve,
porque ele a verga e a torna injusta a seu modo”*
(Código Geral da Suécia de 1734).

1. COLOCAÇÃO DA MATÉRIA

Num sugestivo ensaio publicado na **Révue de Métaphysique et de Moral**, Winter propõe a aplicação da *álgebra lógica* às controvérsias judiciárias.

Se levássemos essa proposta às últimas conseqüências, acabaríamos abstraindo o vigor da experiência no desenvolvimento do raciocínio jurídico e o magistrado seria simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força e o rigor.

Como o juiz não é um ser inanimado – um autômato de decisões – o seu mister não se assemelha a uma atividade mecânica ou puramente racional¹. Apesar de infinita a diversidade de casos submetidos ao seu diagnóstico, ele sempre terá que defender novas teses ou corroborar pensamentos dantes cristalizados.

Todas essas considerações vêm a propósito da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, que estabeleceu os programas de proteção e assistência às vítimas,

* Texto que serviu de roteiro para a conferência proferida na XIIª Semana de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em parceria com o Instituto de Processo Penal (Porto Alegre, 26.10.2000).

¹. Cf.: Antonie Garapon, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p.310.

testemunhas ameaçadas, acusados e condenados que tenham colaborado voluntariamente com as investigações policiais.

Desse contexto, surgem indagações:

1ª) quais os parâmetros para se aferir a livre convicção judicial em face da referida lei?

2ª) declarações de pessoas encapuzadas podem servir de base para a formação da convicção incriminatória?

3ª) como fica o respeito ao princípio do contraditório perante o ato de delação do comparsa, previsto na Lei 9.807/99?

4ª) de que forma se deve conceber o princípio da confiabilidade ética quanto à delação de um crime?

5ª) preservar a identidade da testemunha oculta, seja qual for a forma do disfarce, não vai de encontro com a garantia constitucional da ampla defesa?

6ª) até que ponto as turbulências do sistema persecutório penal pátrio atingem a Constituição de 1988?

A resposta de todas essas perguntas exigem algumas considerações prévias acerca do princípio da livre convicção judicial.

2. LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL

Conquanto o ato de julgar seja sempre um encontro do espírito do julgador consigo próprio, cumpre reconhecer que, em regra, cada situação é única.

Por haver nas mãos do juiz uma infinidade de matérias, desde querelas insignificantes a questões portentosas e de valor sacramental, seu tirocínio convém ser executado com refinada sensibilidade.

Assim é de se esperar que a magistratura guarde a sociedade contra o arbítrio estatal, garantindo o respeito às liberdades públicas e preservando a dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, esflora o princípio segundo qual o juiz pode apreciar livremente as provas, atribuindo-lhes a força e o valor que entender, guiado apenas pela prudência objetiva e pelo bom senso, de modo que indique, na decisão, os motivos que formaram o seu convencimento.

Eis a *livre convicção motivada dos juízes*, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.

No Brasil, o princípio da livre convicção do juiz, além de encontrar-se previsto no Código de Processo Civil (art.131), também vem albergado no Código de Processo Penal, que considerou a liberdade de formação do convencimento do magistrado um *prius* do ato decisório (art.157).

Significa dizer: concluída a instrução criminal e ultrapassada a fase das alegações finais, resta ao juiz prolatar a sentença.

Para tanto, cumpre-lhe apreciar livremente a prova, valorando-a, num trabalho metucioso e delicado.

Por aí já se percebe que a livre convicção no direito brasileiro requer um exame crítico, inteiramente imparcial, que convém ser feito com o máximo de escrúpulo.

Para valer-se dessa técnica, a autoridade jurisdicional deve desarmar o seu espírito, pois com sentimento de antipatia ou de simpatia não se interpreta, simplesmente ataca-se.

Interpretar é eliminar idéias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esgota as normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, “se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda*”².

Deve o magistrado, portanto, extirpar da sua mente prejulgamentos que possam conduzi-lo ao erro.

Não raro, quantas e quantas vezes boatos espalhados no meio social, somados à eventual influência da mídia, levam os juizes a analisarem provas com certo *parti pris*?

No bojo desse pensamento, explode uma problemática muito interessante: até que ponto a *intuição* do juiz afigura-se suficiente para a descoberta da verdade real, pois muito se tem discutido a respeito do grau de incidência da heurística na formação do livre juízo de convicção dos magistrados.

² Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 5.

3. A INTUIÇÃO DO JUIZ É SUFICIENTE PARA TUDO?

Se é certo que o ordenamento jurídico consagra o princípio da livre convicção judicial, mais correto ainda é que a intuição do magistrado não basta para o exercício do *juris dicere*.

Daí François Rigaux combater severamente a idéia de que a intuição do juiz é suficiente para tudo³.

Se, por um lado, é indubitável a importância da heurística na formação da livre convicção motivada dos magistrados, por outro, inexistem dúvidas de que aplicar a norma aos casos intersubjetivos litigiosos é defrontar-se com parâmetros ético-jurídicos que *não podem* e *não devem* ser ultrapassados pelos agentes ou instituições do Estado.

Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração de processo criminal.

Quer dizer: a apreciação das provas sujeita-se a *critérios técnico-científicos*.

Quais seriam esses critérios?

Recorrendo ao escólio de Paulo Cláudio Tovo, pode-se dizer que o livre convencimento motivado no processo penal brasileiro sujeita-se a *critérios científicos* e a *fiel observância dos direitos fundamentais da pessoa humana*, projetados na Constituição⁴.

Entenda-se por *critérios científicos* as balizas doutrinárias e os esquemas de pensamento desenvolvidos pelos juizes. Trata-se daquele apelo eloqüente de Armínio Kantorowicz, quando, em linguagem precisa e vibrante, denunciou uma das falhas e estreitezas da prática judiciária contemporânea: a deficiência no preparo dos magistrados. O ilustre docente de Friburgo – que nos idos de 1906 apresentava-se à comunidade científica sob o pseudônimo “Gnaeus Flavius” – reprochava o hábito de muitos julgadores só se ocuparem com fórmulas e deduções silogísticas, sem estudarem a vida, nem as ciências que preparam para a arte de *compreender bem*. Condenava, por outro lado, aqueles que se limitavam a criticar as falhas e os erros dos

³ **A lei dos juizes**, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 73.

⁴ Democratização do inquérito policial, *in*: **Estudos de Direito Processual Penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, v. 2, p. 204.

repositórios legislativos, comparando-os a vermes que vivem em paus podres e se afastam dos sãos; folgam, agitam-se, empregam toda a sua atividade nos troncos doentes, estragados e avariados.

Desse modo, a livre convicção do magistrado não é um princípio posto ao dispor daqueles que estão distantes da cultura, da doutrina, dos profundos conhecimentos de psicologia, sociologia e antropologia. Ao contrário, a ciência é a sacerdotisa na perquirição da verdade criminal, algo que muito nos faz lembrar dos ideais da Escola Criminal Positiva, que propugnava maior liberdade para o juiz ao punir os réus, conclamando a necessidade de os legisladores enfeixarem nos códigos preceitos pouco casuísticos, mas com margens largas, sobretudo quanto às dirimentes, agravantes e atenuantes. Então o magistrado teria um campo aberto para fazer a verdadeira justiça e graduar o afastamento do convívio social conforme o grau de temeridade do delinquente.

Mas, se de um lado, o magistrado deve libertar-se das estreitezas de pensamento, por outro não pode descurar-se dos padrões normativos, ou melhor dizendo, da *idéia de direito* que inspira e corporifica os conteúdos plasmados no *dever ser* que as normas encerram.

Por isso, o princípio do livre convencimento motivado do juiz, na descoberta da verdade criminal, está adstrito à disciplina constitucional das liberdades.

É o Texto Magno, pois, que traça os lindes para o desenvolvimento da livre convicção.

Da mesma forma que a Constituição é a *tête de chapitre* de todas as disciplinas jurídicas (Pelegriano Rossi), cuja preeminência destaca-se na taxionomia das normas, evidente que ela projeta sua força hierárquica nos mais variados domínios da regulamentação jurídica.

Logo, não há princípio ou preceito imune à força endógena da Constituição.

Sua superioridade evidencia-se não apenas pelos traços que a caracterizam no plano das fontes formais do Direito. Nela se encontram valores políticos, imbuídos em núcleos de condensação ideológica.

O pensamento diretor da Constituição, portanto, além de revelar cânones de submissão do legislador ordinário, também vincula a ação dos órgãos executivo e judiciário.

Sem dúvida, do espírito das constituições deflui uma espécie de *causalidade constitucional*, que condiciona e limita a ação dos Poderes Públicos.

Desde a definição de escopos contida no preâmbulo, passando pelas normas programáticas e preceitos de variados graus de eficácia e aplicabilidade, está presente, de modo inequívoco, o fenômeno da *causalidade constitucional*, impedindo a formação de *instâncias hegemônicas de poder*.

É nesse contexto que o princípio do livre convencimento dos juízes deve ser exercido, ou seja, de acordo com o regime da Constituição.

E, ao consagrar as garantias constitucionais do Processo Penal, a ***Lex Mater*** traça verdadeiros limites à liberdade de convicção dos juízes.

Essas limitações, vedações ou proibições funcionam como barreiras impeditivas do arbítrio, da ilegalidade e do abuso de poder.

4. O QUE SÃO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Garantias constitucionais do Processo Penal são instrumentos para a concretização das prerrogativas afetas ao ***jus libertatis***. Visam a efetivar os direitos que se lhes encontram conexos.

Quer dizer, a realização concreta dos benefícios estatuídos em normas definidoras de direitos fundamentais dependem da instrumentalização dessas garantias.

De nada vale um direito ser reconhecido ou declarado, caso não possa ser garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação⁵.

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL

Resta-nos saber como as garantias constitucionais do Processo Penal, tanto genéricas como específicas, funcionam em matéria de livre convicção judicial.

Certamente, atuam como freios que limitam a ação incontrolada da função jurisdicional.

Deveras, a administração da justiça em matéria penal regula-se por normas inspiradas numa *idéia de direito*.

Essas normas estão na Constituição e nas leis a ela compatíveis, permitindo que a tutela penal atenda os seus escopos e a jurisdição criminal realize o seu desiderato, qual seja distribuir a justiça, não deixando impunes as práticas delituosas e impedindo que os inocentes sejam condenados.

⁵ Maurice Hauriou, **Derecho Público y Constitucional**, Trad. de Carlos Ruiz del Castillo. 2. ed. Madrid, Reus, s/d., p. 98 e ss.

Sendo assim, é a Carta Maior que plasma os contornos das diretrizes gerais da Justiça Criminal.

As garantias constitucionais do Processo Penal, portanto, funcionam como escudos de proteção dos bens e dos valores, vertidos naquelas diretrizes.

Que diretrizes são essas?

À luz da Constituição brasileira de 1988 podemos exemplificar as seguintes: devido processo legal (art.5º, LIV); juiz e promotor naturais (art.5º, XXXVII e LIII); contraditório e ampla defesa (art.5º, LV); obtenção da prova ilícita (art.5º, LVI); motivação das decisões judiciais (art.93, IX); dignidade da pessoa humana (art.1º, III); legalidade (art.5º, II); isonomia (art.5º, *caput* e inc.I); inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV); publicidade dos atos processuais (art.5º, LX e 93, IX); proibição à tortura (art.5º, III e XLIII) etc.

Vamos estudar, a seguir, a cláusula do devido processo, ressaltando, nessa oportunidade, alguns dos seus principais consectários, que mantêm uma vinculação direta com a temática da livre convicção judicial.

6. DEVIDO PROCESSO LEGAL E LIVRE CONVICÇÃO DOS JUÍZES

Vimos que a intuição do juiz não é suficiente para tudo e que existem princípios condicionadores da sua prática.

O primeiro deles é o devido processo legal.

No Brasil, a Constituição de 1988 abriu um leque de possibilidades para a aplicação do sistema da livre convicção motivada dos juízes, erigindo garantias constitucionais que servem de bússola para orientar a atividade jurisdicional.

Essas garantias constitucionais convergem-se para uma garantia maior, gênero da qual todas as demais são espécies.

Referimo-nos ao devido processo legal que já estava implícito na EC 1/69 (art.153, §§ 12 a 16). Esse reconhecimento, contudo, era difuso e assistemático, dependendo de pesquisa no texto supremo e de construção doutrinária para vir à tona.

Na atualidade democrática, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, LIV).

Trata-se de garantia protetora das liberdades contra o arbítrio dos Poderes Públicos.

No sentido proposto pelo constituinte de 1988, o devido processo serve para *explicar e expandir* os termos *vida, liberdade e propriedade*.

Por isso, ele é mais do que um princípio. É, na realidade, um *sobre-princípio*, porquanto constitui o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam.

Sem embargo, a cláusula do devido processo – reflexo das Emendas V e XIV da Constituição norte-americana de 1787 – projeta-se sob duas faces distintas: uma *material* (***substantive due process***) e outra *formal* (***procedural due process***).

Ambas integram o coração do ***due process*** em sentido genérico.

Em sua dimensão *material* ou *substancial*, a cláusula manifesta-se em todos os quadrantes do direito.

Nesse terreno, ela atua como um inesgotável manancial de inspiração para se interpretarem direitos e garantias expressos na ***Lex Fundamentalis***.

Mas a pujança do devido processo material pode ser sentida, com maior intensidade, no campo da jurisdição penal, onde se destaca:

1º) a presunção de inocência (art.5º, LVII);

2º) a não-identificação datiloscópica de quem já foi civilmente identificado (art.5º, LVIII);

3º) a exigência de que a prisão do cidadão seja em flagrante delito (art.5º, LXI);

4º) a comunicabilidade imediata ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada do fato em si da prisão e do local onde se encontra (art.5º, LXII);

5º) o direito de o preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, garantindo-lhe, ainda, assistência familiar e jurídica (art.5º, LXIV);

6º) o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (art.5º, LXIV);

7º) a obrigação de o juiz relaxar, imediatamente, a prisão ilegal (art.5º, LXV);

8º) o direito de o cidadão não ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art.5º, LXVI);

9º) a impossibilidade de ocorrer prisão civil por dívida, exceto a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art.5º, LXVII).

Tudo isso constitui assunto de observância cogente.

Na ótica formal, o ***procedural due process*** permite que os investigados em matéria criminal tenham livre *acesso à justiça*.

Acesso à justiça como expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, numa ordem jurídica democrática de direito, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças a lesões.

Destarte, não se pode obstaculizar o ato de alguém:

1º) ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação;

2º) ver a controvérsia ser examinada por um magistrado imparcial;

3º) contratar advogados sem que o labor deles seja cerceado;

4º) ter a certeza do respeito aos princípios insculpidos na Carta Maior;

5º) alegar direito contra medidas abusivas e ilegais;

6º) reivindicar o privilégio contra a auto-incriminação;

7º) exercer todas as garantias que instrumentalizam direitos, a exemplo do *habeas corpus*.

Examinaremos, agora, as perguntas propostas no intróito desta exposição.

7. QUAIS OS PARÂMETROS PARA SE AFERIR A LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 9.807/99?

Esses parâmetros vêm prescritos na Constituição e decorrem da exegese do art.5º, inciso LIV, e seus respectivos desdobramentos.

Ao estabelecer normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, a referida lei deverá ser concebida à luz do *sobreprincípio* do devido processo, tanto no seu aspecto material, como na sua face processual.

Quaisquer medidas de proteção, requeridas pelas vítimas ou testemunhas de crimes, na forma da Lei 9.807/99, devem levar em conta a privacidade, a liberdade de expressão, a liberdade de locomoção, o pórtico da legalidade, a inviolabilidade do direito à vida dos investigados e testemunhas etc.

8. DECLARAÇÕES DE PESSOAS ENCAPUZADAS PODEM SERVIR DE BASE PARA A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO INCRIMINATÓRIA?

Sim, desde quando se respeite o *privilégio contra a auto-incriminação*, decorrente do devido processo legal.

Esse privilégio – até o nome já diz – retrata o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* – é uma manifestação eloqüente:

1º) da ampla defesa (CF, art.5º, LV);

2º) do direito de permanecer calado (CF, art.5º, LXIII); e

3º) da presunção de inocência (CF, art.5º, LVII).

Como projeção da *ampla defesa*, o *nemo tenetur se detegere* possibilita ao *réu*, ao *indiciado* e à *testemunha* recusar a produzir provas que lhes sejam desfavoráveis, sem que isso constitua crime de desobediência (CP, art.330)⁶.

Enquanto decorrência do *direito de permanecer calado*, o privilégio contra a auto-incriminação traduz um direito público subjetivo. Embora o inciso LXIII do art.5º fale em *preso*, a exegese do preceito constitucional deve ser no sentido de que a garantia alcança toda e qualquer pessoa, pois, diante da *presunção de inocência*, que também constitui garantia do cidadão, a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação⁷.

Finalmente, no posto de consectário da *presunção de inocência*, o privilégio contra a auto-incriminação irmana-se com o **favor libertatis**. Em situação de dúvida, todos são inocentes até existir prova em contrário⁸. Vigora aqui o *in dubio pro reo* e o *nulla poena sine culpa*.

9. COMO FICA O RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PERANTE O ATO DE DELAÇÃO DO COMPARSA, PREVISTO NA LEI 9.807/99?

Delação, do latim *delatione*, significa o ato de denunciar, delatar, revelar o crime ou acusar alguém da autoria de uma prática delituosa. Esse ato não pode renegar o contraditório.

Note-se que a Constituição proclama que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art.5º, LV).

Foi notável a amplitude que esse princípio logrou do modo como foi redigido, pois tanto os litigantes como os *acusados em geral* têm direito ao contraditório.

⁶ STF - HC 77.135/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.9.1998, **Informativo STF**, nº 122; HC 75.527 - Rel. Min. Moreira Alves, j.17.6.1997; HC 68.929 - Rel. Min. Celso de Mello, j.22.10.1991.

⁷ STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

⁸ STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

Embora o art.5º, LV, fale em *acusados em geral*, não podemos entender a expressão restritivamente, de sorte que ela só abarque os *réus* (*imputados*). A exegese do preceptivo deve abranger, também, os *indiciados* e as *testemunhas*. Daí o complemento “em geral”, que produz uma abertura semântica na mensagem prescritiva do constituinte.

Se concebêssemos o inciso LV em sua literalidade, estaríamos restringindo a garantia da ampla defesa. Os suspeitos, como também aquelas pessoas chamadas a comunicar suas percepções sensoriais, a fim de declarar, positiva ou negativamente, algo imprescindível à comprovação da verdade, ficariam destituídos de tutela.

Ora, as liberdades públicas não existem para proteger meros *rótulos*. Pouco importa se a ***Lex Legum*** mencionou o signo *acusados*. O que interessa é a proteção incondicional dos direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio dos Poderes Públicos⁹.

10. DE QUE FORMA PODEMOS ENCARAR O PRINCÍPIO DA CONFIABILIDADE ÉTICA QUANTO À DELAÇÃO DE UM CRIME?

Infelizmente, no atual estágio de evolução da humanidade, inexistente o predomínio dos valores morais e dos padrões ideais do comportamento humano.

Em virtude disso, resta ao jurista vislumbrar um conteúdo jurídico para o vetor da confiabilidade ética.

Nesse esforço, exsurge a *boa-fé*.

Não estamos falando de boa-fé administrativa¹⁰. Queremos fazer menção àquele sentimento de confiança, relativo ao aspecto ético-social da noção de *confiabilidade*, cuja ruptura viola o sentimento do *justo*.

Evidente que essa *confiabilidade* é impossível de ser mensurada, porquanto liga-se a elementos subjetivos.

Todavia, há aspectos em que a *confiabilidade ética*, se conspurcada, enseja a configuração do ilícito penal.

Imaginemos, por exemplo, uma testemunha encapuzada que, no seu depoimento, comece a fazer *afirmações falsas*, faltando com a verdade, em

⁹. STF - HC 77.135/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.9.1998, **Informativo STF**, n.122, p.1; STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

¹⁰. Cf. Jesus Gonzalez Perez, **El principio general de la buena fe...**, p. 48.

ultima ratio, mentindo. Claro que ela estará sujeita à pena do art. 342 do Código Penal, que tipifica o delito de falso testemunho. O mesmo vale para o perito, o tradutor ou o intérprete que prestarem depoimento em comissão parlamentar de inquérito (art.4º, II, da Lei 1.579/52).

11. PRESERVAR A IDENTIDADE DA TESTEMUNHA OCULTA, SEJA QUAL FOR A FORMA DO DISFARCE, NÃO VAI DE ENCONTRO COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA?

Não, desde quando se respeite aquele paralelismo entre a ampla defesa e o contraditório. Realmente, *o direito de defesa deriva da garantia do contraditório e da garantia de defesa decorre o contraditório*. Em regra, não se pode imaginar a existência de um sem o outro¹¹.

Ressalte-se a *defesa técnica* – aquela exercida pela atuação profissional de um advogado. Ela decorre da própria ampla defesa.

Essa *defesa técnica*, no ordenamento constitucional brasileiro, é defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Além de ser um direito, é, também, uma garantia, porque só assim se pode atingir uma solução justa¹².

Vittorio Grevi refere-se a interessante episódio ocorrido na Itália. Conta que um terrorista recusou defesa técnica, levando os juristas italianos a repudiarem sua atitude, dada a *indispensabilidade* do instituto. Grevi lembra ainda que no direito norte-americano existe a possibilidade de tal defesa ser dispensada em certas circunstâncias, como no caso de a inteligência e a maturidade do acusado não terem comprometido a *fairness* do processo¹³.

12. ATÉ QUE PONTO AS TURBULÊNCIAS DO SISTEMA PERSECUTÓRIO PENAL PÁTRIO ATINGEM A CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Quando certos diplomas normativos são interpretados à luz da Constituição, as turbulências nos microssistemas jurídicos – a exemplo do persecutório penal – são evitadas.

Isto porque a preocupação de se consagrarem todos esses princípios que acabamos de estudar constitui, na realidade, um reflexo do movimento político-cultural denominado *constitucionalismo*.

¹¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 456, v. 2; Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, p. 140.

¹² Antonio Scarance Fernandes, *Processo...*, p. 254.

¹³ Rifiuto..., p. 1-38.

O objetivo do *constitucionalismo*, magnificamente retratado por Horst Ehmke, foi limitar o poder e garantir a primazia das liberdades públicas¹⁴.

Imbuídas nesse esquema de pensamento, as constituições passaram a consagrar preceitos relativos à Justiça Penal em seus textos, condicionando, inclusive, a interpretação do sistema de apreciação das provas.

Veja-se o *sistema inquisitivo*. Ele se mostrou inteiramente incompatível com as constituições democráticas. Em virtude da derrocada do absolutismo dinástico, que imperou na Europa continental nos séculos XIII a XVIII, cedendo lugar ao regime das liberdades públicas, tornou-se inadmissível o procedimento *per inquisitionem*.

Até o *sistema acusatório*, embora mais brando do que o anterior, teve de adequar-se às exigências do constitucionalismo. Tanto foi assim que seus traços fundamentais foram os seguintes:

- a) prevalência do *actus trium personarum*, onde as funções de julgar, acusar e defender não se confundiam;
- b) prioridade ao princípio da publicidade dos atos processuais;
- c) ênfase ao princípio do contraditório, da igualdade entre as partes e da presunção de inocência.

Portanto, os sistemas de apreciação das provas encontraram nas constituições modernas o seu verdadeiro ponto de equilíbrio.

De um lado, os textos constitucionais passaram a rechaçar o extremismo de certos sistemas, a exemplo do sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado, onde o magistrado vê-se tolhido para avaliar as provas.

Mas, de outra parte, as cartas supremas permitem a adoção de critérios racionais, onde o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, tomando como parâmetro as normas constitucionais, as leis, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade, as máximas da experiência.

Trata-se do *sistema da livre convicção, da verdade real, do livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional* – verdadeiro *tertium genus* – que procura equacionar o rigoroso acatamento do magistrado à lei (*sistema da prova legal*) com o seu extremo oposto, que apregoava a desnecessidade de se fundamentar as sentenças judiciais (*sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção*).

¹⁴ *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, seite 88.

13. CONCLUSÃO

Intentamos demonstrar ao longo dessa exposição que o livre convencimento judicial não é técnica colocada a serviço de arbitrariedades ou ignomínias, porque seu fundamento está na Constituição.

Mas temos de reconhecer que a atividade técnica dos juízes defronta-se com um grande obstáculo, que, aos poucos, vem transformando-se num enorme dilema a ser resolvido: a instabilidade normativa decorrente da proliferação de leis.

Jean Cruet, em livro clássico, já condenava essa *inflação legislativa*. Defendia a tese de que o direito não domina a sociedade, simplesmente exprime-a. Por isso, dizia que as leis eram inúteis, afinal “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”¹⁵.

Esse magnífico pensamento que revela a finura de espírito de um advogado descrente do prestígio da lei, torturada pela chicana e abalada pelas interpretações acomodáticas, muito se adequa aos dias atuais.

Predomina no Brasil a ilusão de que se criar leis é providência capaz de sanar a maioria dos problemas nacionais. Disso promana a *inflação legislativa* dos últimos anos de Constituição. No receituário legal existe remédio para todos os males.

Do constituinte originário ao legislador comum formou-se uma espécie de ‘positivismo extremado’, vertido numa plethora de mais de quarenta e cinco mil leis em vigor, só para ficar nos atos formalmente legislativos, cujo teor a Lei de Introdução ao Código Civil presume que seja do conhecimento de todos (art.3º).

Esse quadro conclama a atenção dos juristas, dos advogados, dos juízes, dos membros do Ministério Público, dos estudantes, dos meios de comunicação e de toda a coletividade decomposta em categorias, grupos e organizações sociais.

Se algum estrangeiro, dotado de inteligência, chegasse em plagas brasileiras, sendo desconhecedor da realidade nacional, e resolvesse analisar a nossa sociedade, tomando como parâmetro a Constituição de 1988, ficaria estarelecido com o elevado grau de maturidade que conseguimos alcançar. Bastaria ver o pleno emprego garantido, o meio ambiente tutelado, sem

¹⁵ Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Lisboa: Antigas Livrarias Aillaud e Bertrand, s/d, p. 4.

falar da redução das desigualdades regionais. Tudo isso, conforme ditames de justiça social!

Seria este o momento de parafrasear Madame Roland, a célebre jacobina guilhotinada, quando, antes de morrer, exclamou: “Liberdade, liberdade, quantos crimes se cometem em teu nome!”. Então diríamos: justiça social, justiça social, quantas inverdades se propalam em teu nome!

Dia, porém, virá, e já se anuncia, em que os homens despertarão, em definitivo, para os desvios dos padrões de comportamento, mudando a conduta para com o próximo, até porque ninguém – absolutamente ninguém – pode evadir-se de suas responsabilidades perante a Consciência Cósmica, único juízo infalível. ◆

EFICÁCIA PROVISÓRIA E DEFINITIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie

Neste breve artigo pretendo expor minha opinião sobre a eficácia dos tratados internacionais à luz do direito constitucional brasileiro⁽¹⁾.

Aspecto preambular é necessário que se examine, qual seja, a correta dicção do texto constitucional sobre a celebração de tratados.

Reza o artigo 84, inciso VIII, da lei suprema que:

“Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VIII. celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”⁽²⁾,

tendo-o eu comentado da forma seguinte:

⁽¹⁾ Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Diferentemente, a Constituição de 1946 (art. 87, VII) apenas submetia à aprovação do Congresso Nacional os tratados e convenções internacionais. Ora, a expressão atos internacionais abrange muito mais do que tratados e convenções. É um gênero onde aparecem os tratados e as convenções inseridos como espécie.

Dessa forma, interpretado literalmente, decorre do preceito em tela que todo ato que importe criação de direitos e obrigações para o Brasil na órbita internacional **deveria ser celebrado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional para ser válido em face do direito interno**. Isto seria exato quer na relação aos atos unilaterais (reconhecimento, protesto, notificação, renúncia), quer em relação aos acordos internacionais (tratados, convenções).

Esta interpretação iria além da intenção do constituinte. Certamente quis este reagir contra a tendência universal da celebração pelo Executivo de acordos internacionais, sem a forma de tratado e convenção, e assim fugindo ao controle do Legislativo. Com efeito, tais acordos escapariam à necessidade de aprovação por parte do Legislativo, muito embora sejam relevantes e graves, não raro, as suas repercussões. Tal interpretação, ademais, não pode prevalecer, em face do disposto no art. 49, I, desta Constituição (v. supra). **Com efeito, a menção a referendo deve ser interpretada em consonância com esse dispositivo constitucional, o qual somente exige referendo com relação a atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional**” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 2, ed. Saraiva, 1992, p. 156/157).

⁽²⁾ A. A. Meira Mattos explica: “O tratado é uma das fontes principais do direito internacional, conforme dispõe o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) das Nações Unidas (art. 38), ao lado dos costumes e dos princípios gerais do direito.

“Cabe ao Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O referendo exterioriza o princípio da legalidade pelo qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

É o que dispõe o artigo 5º, inciso II.

Sendo o Congresso Nacional o Poder que representa a totalidade do povo, pois a ele todas as correntes de pensamento político têm acesso, à evidência, é o referendo que oferta validade ao tratado internacional, às convenções ou atos, visto que a iniciativa presidencial apenas sinaliza a intenção do Governo, que poderá ou não obter a concordância do Poder Legislativo.

Até ser referendado, todavia, as normas de direito internacional prevalecem, mormente no que diz respeito àquelas de aplicação imediata.

Se apenas quando aprovados pelo Congresso entrassem em vigor os tratados assinados, à evidência, a dicção do texto deveria ser ‘sujeitos à aprovação do Congresso Nacional’.

*Tenho para mim que a interpretação adequada é a da imediata vigência do ato internacional assinado, sujeito a confirmação futura, deixando de ter validade **ex nunc** apenas se não referendado.*

Embora muitos divirjam desta interpretação, parece-me a mais adequada.

Faz, por exemplo, o § 2º do artigo 5º, referência a tratados internacionais garantidores de direitos individuais e o Código Tributário Nacional refere-se, em seu artigo 98, à prevalência de tais tratados sobre o direito interno.

Para a citada Convenção de Viena, “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (art. 2º, I, “a”). “A Convenção de Havana sobre tratados, de 1928, já considerava ser a forma escrita condição essencial do tratado. Existe, contudo, doutrina que acata a validez do tratado não escrito ou oral.

Note-se, ainda, que a Convenção de Viena enfatiza o papel dos Estados na celebração dos tratados. Nada obsta, entretanto, que outros atores internacionais concluam tratados e a própria Convenção o admita em seu art. 3º. Desta forma, tais acordos, até mesmo se celebrados em forma não escrita, terão seu valor jurídico assegurado. E válida será a aplicação a eles de quaisquer regras enunciadas na própria Convenção, a despeito de estarem excluídos de seu âmbito” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito nº 74, ed. Saraiva, p. 431/432).

Ora, o tratado é tratado desde o momento de sua assinatura, razão pela qual a interpretação que lhe dá eficácia provisória a partir de então parece-me a mais adequada e conforme ao espírito das relações internacionais.

Os mais importantes documentos legais internacionais são os tratados e as convenções, que geram um regime jurídico específico, como, a título exemplificativo, serão os tratados contra a dupla tributação de que o Brasil firmou mais de uma vintena. No mesmo nível, mas de espectro mais abrangente e menos específico, encontram-se as Convenções, de que a Convenção de Genebra sobre o cheque é exemplo. Por fim, os atos internacionais são diplomas de relevância menor, regulando aspectos variados do convívio internacional”⁽³⁾.

Sei, perfeitamente, que parte considerável da doutrina não oferta maior validade ao vocábulo “referendado”, que, nos textos constitucionais anteriores, vinha na dicção latina *ad referendum*.

Volto, todavia, a insistir que o discurso constitucional não é “acidental” e nem o constituinte - em homenagem que faço a seu conhecimento do vernáculo - um pobre manejador do idioma, que utiliza a *mesma* palavra com significados diversos no *mesmo* artigo veiculador de comandos superiores.

Com efeito, lê-se também, no inciso XIX do referido dispositivo, o seguinte:

“XIX. declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional” (grifos meus)⁽⁴⁾,

⁽³⁾ **Comentários à Constituição do Brasil**, 4º volume, Tomo II, Ed. Saraiva, 1997, p. 295/299.

⁽⁴⁾ Escrevi, ao criticá-lo: “*Quem tem o poder de declarar a guerra, tem aquele de celebrar a paz. Hoje é mais fácil celebrar a paz do que declarar a guerra, na medida em que as guerras não são mais declaradas. É bem verdade que também a cessação de hostilidades sem declaração formal de acordo de paz é a hipótese mais frequente, mas a cessação de hostilidade representa, de rigor, a celebração de acordo de paz, quando negociada.*

Pode, pois, o Presidente da República celebrar a paz, devendo ser autorizado pelo Congresso ou ser, o seu ato, por este referendado.

Nas autorizações, o presidente submete antes o acordo de paz e somente após a autorização assina o tratado ou documento que a assegure. Na outra hipótese, assina, o Presidente, o acordo antes da autorização, submetendo o ato ao Congresso Nacional, que poderá referendá-lo ou não. Se referendada, a declaração presidencial tem validada sua assinatura, se não, o acordo perde toda a eficácia” (**Comentários à Constituição do Brasil**, 4º Volume, Tomo II, Ed. Saraiva, 1997, p. 347/349).

e o XX hospeda a dicção abaixo:

*“XX. celebrar a paz, **autorizado** ou **com o referendo** do Congresso Nacional”* (grifos meus).

Inequivocamente, o constituinte dá ao vocábulo “referendado” o sentido clássico de “aprovação posterior”, pois tanto no inciso XIX como no XX, ao utilizar-se do conceito de “referendo” ao lado de “autorização” resta claro que “autorização” se refere a manifestação *prévia* e “referendo”, *posterior* aos atos de que cuidam os incisos XIX e XX.

É, de resto, o sentido, também, que o artigo 14 da lei suprema oferta ao distinguir o “referendo” do “plebiscito”, estando assim veiculado:

“Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I. plebiscito;

II. referendo;

III. iniciativa popular”⁽⁵⁾.

Ocorre que o inciso VIII, do artigo 84 da Constituição Federal, refere-se exclusivamente à expressão “sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, não ofertando, a meu ver, sentido diverso daquele exposto nos incisos XIX e XX. Vale dizer, nos três casos, pode o Presidente da República praticar atos com plena eficácia, *embora seja esta provisória*, que poderão ser ou não referendados pelo Congresso Nacional.

⁽⁵⁾ José Cretella Júnior assim esclarece: “*Pontes de Miranda (cf. os fundamentos atuais do direito constitucional, p. 363) acentua que ‘como contrapeso aos males do parlamentarismo, e ao vício, comum ao regime parlamentar e ao presidencial, das Câmaras divorciadas da opinião pública ou esquecidas dos interesses gerais, para os quais é notável a intuição popular, a intervenção do povo funciona como as melhores esperanças. A democracia mista constitui um dos traços mais sedutores das Constituições novas’. ‘Em alguns países, o povo não se satisfaz em escolher os seus representantes: quer ter a iniciativa das leis e o direito de recusá-las ou sancioná-las com o próprio voto. É o processo do referendun’* (cf. Araújo Castro, **A Constituição de 1937**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 45).

O referendun é medida a posteriori, sendo o instituto de direito constitucional, de direito interno, pelo qual as coletividades se pronunciam sobre decisão legislativa, desde que os pronunciamentos reúnam determinado número de assinaturas, fixado em lei. Desse modo associa-se o povo ao processo legislativo, complementando a tarefa do legislador” (grifos meus) (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. II: Forense Univ., 1989, p. 1096).

Que a eficácia dos atos é plena, é de se interpretar pela luz lançada na explicitação feita pelo constituinte no inciso XIX e no inciso XX, em que a declaração de guerra *a ser referendada* pode implicar a mobilização total ou parcial dos brasileiros *antes da manifestação do Congresso*. Em outras palavras, se aprovado *previamente* ou referendado *posteriormente*, o ato de declarar a guerra produz seus efeitos plenos até que seja examinado pelo Parlamento⁽⁶⁾.

A meu ver, a mesma eficácia *precária*, mas *real*, ocorre na celebração dos tratados internacionais, convenções ou atos, na medida em que o ato de celebrar é privativo do Presidente, embora sujeito a referendo do Congresso, que o convalidará ou não. Entre sua assinatura e o referendo, todavia, em minha maneira de interpretar o texto, tem *eficácia provisória, mas real*.

Tal exegese parece-me a única capaz de conciliar a tripla utilização, no mesmo dispositivo, do vocábulo “referendado”, duas delas claramente sinalizando a “eficácia precária” do ato e, no caso do inciso VIII, com implícita indicação da validade provisória, por força de idêntico vocábulo utilizado. A melhor homenagem que posso prestar ao constituinte é considerar que a *mesma* palavra tem o *mesmo* sentido, pois aplicada no *mesmo* artigo para definir competências privativas do Presidente da República⁽⁷⁾.

Tal “eficácia precária”, todavia, ganha sua definitividade quando expressamente aprovada, pelo Congresso Nacional, via decreto legislativo, acordo internacional celebrado pelo Presidente da República.

Com efeito, reza o artigo 49, inciso I, da lei suprema brasileira que:

⁽⁶⁾ Pinto Ferreira esclarece: “*A competência para declarar a guerra é da União (art. 21, II), tratando-se de ato interestatal. A guerra é a luta armada entre Estados.*”

Ao Congresso Nacional compete autorizar o Presidente da República a declarar a guerra no caso de agressão estrangeira. O consentimento deve ser prévio, sem nenhum referendo quanto a tal decisão. Pode entretanto ocorrer exceção quando a agressão estrangeira ocorrer no intervalo das sessões legislativas, quando deve ser referendada, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional” (grifos meus) (**Comentários à Constituição Brasileira**, v. 3: Saraiva, 1992, p. 586).

⁽⁷⁾ Wolgran Junqueira Ferreira escreve: “*À União compete celebrar tratados e convenções com os estados estrangeiros (artigo 21 - I). Ao Congresso Nacional, compete resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (art. 49 - I)*”; continuando: “*A celebração do contrato, convenção ou ato internacional, consiste na assinatura material do acordo internacional. Será feita diretamente pelo Presidente da República ou por pessoa por ele credenciada*” (grifos meus) (**Comentários à Constituição de 1988**, v. 2, 1. ed.: Julex Livros, 1989, p. 660/661).

“Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

O texto continua, a meu ver, sendo de clareza meridiana. O constituinte faz menção a ser da competência do Congresso Nacional:

“resolver definitivamente”.

O que vale dizer, declara nitidamente ser definitivo o comprometimento internacional do país e a transformação da “eficácia precária e provisória” do acordado pelo presidente em “eficácia definitiva”. O advérbio, inclusive, utilizado é “definitivamente”, o que significa que, a partir do referendo do Congresso Nacional, ganha, a “eficácia” até então provisória, sua *definitividade*⁽⁸⁾.

Entender que, apesar de o constituinte fazer menção à “definitividade” da aprovação, esta aprovação ainda não é definitiva, dependendo de “promulgação presidencial” é, novamente, não homenagear o domínio vernacular do constituinte e admitir que desconheceu o sentido semântico dos termos, devendo-se “provisoriamente” ler onde está “definitivamente”, visto que a “definitividade” apenas se obteria não com a publicação de decreto legislativo, mas com a promulgação do decreto presidencial.

Tal forma de exegese jurídica, à evidência, não honraria nem o intérprete, nem o constituinte, pois o legislador supremo teria sido substituído pelo exegeta na produção de uma nova dicção normativa, em que o adjetivo “definitivo” utilizado pelo constituinte ainda não seria “definitivo” para o intérprete.

A “definitividade” do tratado, acordo ou convenção internacional ao que me parece, é obtida com a edição de decreto legislativo do Congresso,

⁽⁸⁾ Celso Ribeiro Bastos escreve: *“Aliás, o tratado depende sempre de aprovação do Congresso Nacional, o que é feito por um decreto legislativo. Na verdade a força legal do tratado no direito interno depende da força desse próprio ato legislativo. É este que o entroniza na ordem jurídica interna e, enquanto componente dessa ordem, fica sujeito a ser alterado por atos do mesmo nível hierárquico”* (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, Tomo I, 2. ed.: Saraiva, 1999, p. 111).

embora a eficácia obtenha-se, de forma ainda precária e provisória, com sua assinatura⁽⁹⁾.

Se se viesse, todavia, a argumentar contra o texto constitucional, ou seja, que a eficácia definitiva não se obteria com o “decreto legislativo”, mas com a promulgação do decreto presidencial, dois aspectos deveriam ser ressaltados de plano.

O primeiro deles é que a promulgação presidencial consiste em mera formalidade reiterativa de seu comprometimento anterior, quando da celebração do tratado. Vale dizer: uma segunda vez reafirma, S. Exa., o que se comprometeu quando o assinou.

Nitidamente, o Presidente da República só pode sancionar tratado que tenha assinado e o Congresso apenas “resolver definitivamente” aquilo que foi acordado com outras nações.

Em outras palavras, nem o Congresso Nacional pode alterar, sem a concordância de outras nações, o tratado, podendo, no máximo, rejeitá-lo, nem o Presidente, ao promulgá-lo por decreto, poderá promulgar algo diverso daquilo que assinou ou do que a publicação do decreto legislativo tornou definitivo⁽¹⁰⁾.

A promulgação, portanto, por “decreto presidencial”, de Tratado internacional ao qual já fora dado publicidade em “decreto legislativo” que conferiu, definitividade a sua eficácia, é mera formalidade que não gera eficácia a partir daquele momento, mas apenas reitera a eficácia provisória da

⁽⁹⁾ Nesta linha, leia-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Assim, em face do direito pátrio, a vontade do Estado brasileiro relativamente a atos internacionais, inclusive o tratado e as convenções, surge de um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional que os ratifica.

A exigência de ratificação decorre da magna importância das matérias que são em geral reguladas nos atos internacionais. Nestes se dispõe quase sempre sobre assuntos que tocam de muito perto a existência e a independência da nação. Por isso, convém que a Representação Nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso Nacional, não mais cabe qualquer intervenção do Executivo (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ob. cit., p. 21)” (grifos meus) (A Constituição na Visão dos Tribunais, v. 2, 1997, p. 533).

⁽¹⁰⁾ José Torres Pereira Júnior ensina: “De todo o exposto, concluímos: a) Em face dos textos constitucionais brasileiros, forçoso é reconhecer, como regra geral, que os tratados, qualquer que seja o rótulo em que se apresentem, devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, para o fim de obrigarem o Estado a seu cumprimento e de se incorporarem ao direito interno. **Essa a orientação da grande maioria de nossos comentadores constitucionais e do decisório do STF**” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito n° 74: Saraiva, 1977, p. 463).

época da assinatura e a eficácia definitiva da data da publicação de decreto legislativo do Congresso⁽¹¹⁾.

O segundo aspecto reside em que, uma vez tendo sido publicado o decreto legislativo, a matéria acordada ganha definitividade no direito interno e a eficácia definitiva impede que a legislação ordinária interna venha a modificá-lo, salvo denúncia do acordo assinado.

Em outras palavras, não pode o Legislativo ou o Presidente da República, por medida provisória, após a publicação do decreto legislativo, alterá-lo sob a alegação de que entre a publicação do decreto legislativo e a futura promulgação do decreto presidencial poderá o país dispor de forma diversa daquela acordada internacionalmente.

Restariam feridos a ética legislativa e os compromissos internacionais assumidos anteriormente, se, por absurdo, se admitisse que a “solução definitiva” de tratado publicado pelo decreto legislativo, pudesse ser alterada, entre sua publicação e a promulgação do decreto presidencial, por legislação diversa, que viria a perder eficácia, quando da promulgação do decreto presidencial!

No momento em que o Presidente assinou o tratado e que o Congresso deu-lhe definitividade, não pode o Presidente ou o Congresso dispor de forma diferente do que foi acordado internacionalmente, sob a alegação de que o Tratado apenas terá validade após a promulgação do decreto presidencial⁽¹²⁾.

A tese da “vigência sem eficácia” dos tratados assinados e dos decretos legislativos publicados não só não se coaduna com a jurisprudência e com a doutrina, como fere elementar princípio ético dispor, no plano interno, de

⁽¹¹⁾ Não discutirei, no presente estudo, por me parecer superada, à luz do que atrás argumentei, a tese que muitos dos autores do livro **Tributação no Mercosul** (Pesquisas Tributárias Nova Série 3, Ed. Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 1997, coordenação minha) de que o decreto legislativo obriga o cumprimento do tratado internacional, internamente, sendo a promulgação mero ato informativo com seu depósito na entidade internacional ou entre os países assinantes para efeitos externos, pois, embora sob enfoque diverso, o resultado seria rigorosamente igual, em termos de eficácia, à posição aqui exposta. Aliás, Francisco Rezek parece admitir a tese diferencial entre o direito interno e externo, ao dizer: “*Ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se*” (grifos meus) (**Direito Internacional Público**, 7. ed.: Saraiva, 1998 p. 53).

⁽¹²⁾ José Grandino Rodas ensina: “*Os governos normalmente concluem tratados somente com aqueles que parecem aptos a cumprir o prometido*” (grifos meus) (**Enciclopédia Saraiva do Direito** n° 74, ob. cit., p. 486).

forma diversa do que foi acordado, sob a alegação de que, embora tendo assinado o Tratado, o Presidente ainda não assinara o decreto promulgador!!!⁽¹³⁾.

Afasto, quanto a este aspecto, essa visão aética da questão, que, de resto, não é hospedada, nem pela doutrina, nem pela parca jurisprudência existente⁽¹⁴⁾. ◆

⁽¹³⁾ Sérgio Feltrin Corrêa lembra que: “Observe-se que a ratificação de um acordo internacional pelo Presidente da República não possibilita que de tanto se conclua no sentido de automática introdução dessa norma internacional no direito interno brasileiro. **E tal se dá, essencialmente, por competir ao Congresso Nacional a aprovação de tratados. Além disso, esse agir do Congresso Nacional se dá por meio de Decreto Legislativo, e como previsto no art. 59, VI, da CF**” (grifos meus) (Código Tributário Nacional p. 429).

⁽¹⁴⁾ José Augusto Delgado, de forma gráfica, esclarece: “O sistema constitucional adotado para os Tratados está circunscrito ao esquema seguinte:

a) a celebração de Tratados, Convenções e Atos Internacionais **é da competência privativa do Presidente da República**, sujeitos, contudo, a referendo do Congresso Nacional;
b) **é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre Tratados, Acordos ou Atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional**;
c) os Tratados devidamente assinados pelo Brasil deverão ser respeitados quanto aos direitos e garantias nele previstos” (grifos meus) (Tributação no Mercosul - Pesquisas Tributárias Nova Série-3, Co-ed. CEU/Revista dos Tribunais, 1997, p. 70).

O PROCESSO COMO INSTRUMENTAL DE CIDADANIA

DURVAL PIMENTA DE CASTRO FILHO

Advogado

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto uma sucinta abordagem da inquestionável importância do processo civil como instrumento de pacificação dos conflitos interindividuais de interesse, culminando na consolidação de direitos. Considerando que a relevância do tema desafia digressões históricas, e a análise do mesmo não tenha por objeto contextualizá-las, reputa-se, todavia, a esse respeito, oportuno o proficiente magistério de Enrico Tullio Liebman ora reproduzido:

*“El proceso civil moderno es el resultado de una larga evolución histórica, de la cual se puede trazar solamente a grandes rasgos un rapidísimo perfil. Com las invasiones bárbaras penetró en Italia el derecho germánico, que sustituyó en muchas regiones al proceso romano de la época imperial por un proceso mucho más primitivo, del cual se tuvo en la legislación de los reyes longobardos una parcial reglamentación. En otras regiones, el proceso romano conservó aplicación, mientras la Iglesia elaboró un proceso suyo que, sobre base fundamental romana, vino adaptándose a las cambiadas condiciones sociales y a las particulares exigencias de las materias sujetas a la jurisdicción eclesiástica” (in **Manual de Derecho Procesal Civil**, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, p.30).*

Entretanto, além da consolidação deste secular instrumental de jurisdição, a hodierna Ciência Jurídica civil ainda recepciona os chamados meios alternativos de pacificação social, entre os quais aqueles previstos nos artigos 502 e 1.025 do Código Civil, e a Lei nº 9.307 de 23/09/1996.

Cumpre, no entanto, salientar que o processo, além da sentença arbitral, - artigo 31 da citada lei -, afigura-se como instrumento idôneo de composição da lide sob o manto da certeza e perenidade.

Primeiramente, antes que se proceda a um exame mais criterioso e estrito no âmbito processual, é mister a referência ao advento da Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, magno diploma que formalizou e consolidou o Estado de Direito Democrático, após um lapso temporal em que direitos individuais e coletivos foram inexoravelmente subjugados por um regime de exceção. A Carta em vigor, resultado da vontade popular, legítima portanto, contém, de maneira indiscutível, mecanismos efetivos, verdadeiramente significativos, de consolidação do regime democrático¹. A título de exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade proposta por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme o preceito do artigo 103, inciso IX². A epígrafe dos direitos e garantias fundamentais, em termos de inovações estritamente jurisdicionais, autoriza destacar o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, previstos nos textos dos incisos LXX e LXXI, do artigo 5º, respectivamente.

Portanto, é lícito, senão despidendo, afirmar que o país, sob a égide de uma nova ordem constitucional, desafia a elaboração de normas em consonância com o interesse público, sem a temerária e odiosa interferência de instituições não investidas de poder político ungido pela chancela popular; surge a expectativa social quanto à aplicação da lei como forma de alcance da justiça e sua igualitária distribuição entre o povo. Eis a ordem do Estado de Direito Democrático a qual, em termos nacionais, formalizada

¹ Este compromisso com a defesa da autonomia pública dos cidadãos determinou a atuação dos constitucionalistas “comunitários” ao longo de todo o processo constituinte, caracterizado, como vimos, por uma intensa participação de movimentos sociais organizados, que com eles partilhavam os mesmos objetivos. Ao mesmo tempo, esta prioridade conferida aos interesses públicos ou coletivos revelou que a pretensão não era, após a ditadura militar, apenas configurar um Estado liberal, comprometido com a defesa dos velhos direitos subjetivos individuais. Pretendeu-se, ao contrário, conformar um Estado de bem-estar social, nos moldes europeus, através da previsão constitucional - dentre outras normas e mecanismos - de um amplo sistema de direitos constitucionais, mecanismos jurídicos relativos ao controle das omissões do poder público e uma atuação política do Poder Judiciário. Implementar justiça distributiva, em resumo, é o objetivo fundamental do constitucionalismo “comunitário” brasileiro (*in* Cittadino, Gisele. “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva”, **Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1999, p.73).

² O controle abstrato de normas foi significativamente ampliado, atingindo, no âmbito federal, quase a expressão de uma *ação popular de inconstitucionalidade* (art. 103, I a IX) (*in* **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p.195).

pela Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, textualmente, - artigo 102, *caput*, - atribui ao Poder Judiciário velar pela sua integridade e consolidação. Por essa razão, o pedido de tutela jurisdicional, quando necessário para afastar eventual ameaça ou obstar violação do direito, implicando, em maior amplitude, a singular alternativa popular contra a manifestação do arbítrio, requererá um instrumento cuja operacionalidade dependerá sempre da sensibilidade e essência intelectual do Estado-juiz, e a prática de seus atos, cumpre notar, associada à presunção popular no que se refere à independência política, probidade, imparcialidade e, acima de tudo, justiça³.

Enfim, há na Ciência Jurídica um mecanismo de natureza pública, autônomo, complexo, dinâmico, progressivo, de pacificação social perene, instrumento, na dicção dos cultores do direito, de composição da lide, que requer a participação do Estado, do pretense titular do direito subjetivo que afirma ter sido violado, daquele que se presume infrator da norma, e terceiros que a lei eventual e circunstancialmente vier admitir. O referido instituto será objeto de exame mais adiante.

II. DESENVOLVIMENTO

Transposta a fase em que imperava a incipiente intervenção do Estado na vida privada, exceto por motivos de natureza religiosa, o Ente Público arrogou para si o direito de proceder à composição dos conflitos interindividuais de interesse, afastando, assim, a permissibilidade quanto à resolução dos litígios pelo singular fundamento das próprias razões. Para tanto, garantiu ao indivíduo o direito de ação, hodierna e constitucionalmente consagrado pela norma contida no texto do artigo 5º, inciso XXXV. Anterior referência legal à proteção do direito encontra-se no texto do artigo 75 do diploma civil pátrio, concernente à denominada teoria imanentista da ação, proveniente do direito romano, da lavra do proculeiano P. Juvêncio Celso.

A teoria em questão consolidou-se através dos séculos, até que pacificadas estivessem a autonomia e a abstração do direito de ação, cabendo

³. PIERO CALAMANDREI, bem mais tarde, e em contexto diverso, brindou-nos com essa sábia lição de fé: “Para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem” (*in Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 5. ed. Lisboa: Clássica, 1975. p. 22 *apud* Nogueira, Alberto. *Globalização, Regionalizações e Tributação: a nova matriz mundial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.67).

ao jurista Tedesco Degenkolb o título de precursor. Não obstante tratar-se de um tema indubitavelmente apaixonante, maiores reflexões a respeito no presente ensaio tornam-se inoportunas, cumprindo salientar que, contemporaneamente, o titular de um direito subjetivo material, porventura violado, ou na iminência de sê-lo, poderá provocar a intervenção do Estado, até então inerte, para que, formando o processo, o órgão jurisdicional competente venha mediante a sentença solucionar perenemente o conflito, ora retratado pela causa em julgamento.

Pode-se afirmar que, uma vez garantido pela via constitucional e erigido à categoria de direito fundamental, o direito de ação, ou o direito de provocação da tutela jurisdicional mediante a formação do processo, como instrumento legal e idôneo de convencimento do Estado-Juiz quanto às razões de ordem fática e jurídica da pretensão, comporta, indiscutivelmente, a garantia formal do seu exercício.

A assertiva anterior não se faz merecedora de refutação, face à plenitude da eficácia da norma constitucional garantidora do fundamental direito. Quanto a este, a inabalável autoridade do jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho transcreve o lapidar conceito de direito fundamental, entre outras acepções, como direito de defesa:

*“Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (in **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p.541).*

Igualmente digno de nota, o pensamento do Professor Konrad Hesse da Universidade de Freiburg:

*“Como direitos subjetivos, fundamentadores de **status**, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídicos-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso*

material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito suprapositivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão” (in **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 232/233).

Ultrapassada a inequívoca existência da garantia formal da tutela jurisdicional, cumpre analisar os aspectos de maior complexidade, os quais figurariam como efeitos da supracitada égide constitucional.

O primeiro aspecto a salientar, respeita ao indistinto acesso ao Poder Judiciário, - cuja distinção técnica do direito de ação⁴ é digna de nota -, *pressuposto* para que o direito de ação seja exercido, compreendendo-se, sob o prisma desta afirmação, primeiramente, a desmistificação do aludido Poder como um ente excessivamente formalista e elitizado, distante, por assim dizer, principalmente da realidade social proletária. Notoriamente, a camada populacional mais carente dos serviços públicos, requerendo prioritariamente do poder constituído o devido amparo institucional. No que respeita à prestação jurisdicional, em sede de juízo comum, quanto ao apelo de igualdade política e social, denuncia a realidade brasileira restar ainda um longo caminho para se tornar um paradigma de cidadania. Por essa razão, ainda não seria dotado satisfatoriamente de sensibilidade para conhecer dos conflitos que, diuturnamente, pontuam a vida da camada populacional economicamente desfavorecida e politicamente marginalizada, “caracterizando a cidadania de baixa intensidade, de que fala O’Donnell” (in Gisele Cittadino, *op. cit.* p.11). Entretanto, no que se refere à tutela

⁴ No que se refere à supracitada distinção entre direito de acesso ao Poder Judiciário e direito de ação, o abalizado magistério de Ovidio Araújo Baptista da Silva: “Direito de acesso aos tribunais é uma coisa; o efetivo exercício desse direito (ação) é outra muito diferente... ‘direito de acesso aos tribunais’, como temos insistentemente afirmado, ainda não é *ação*, mas simples *estado* de quem tem direito subjetivo e que tanto pode estar, como ocorre entre nós, num texto de direito privado (art.75 do Código Civil), quanto em algum preceito constitucional; ou até mesmo não estar expresso em qualquer regra jurídica escrita, porque o direito de ser ouvido pelos tribunais é princípio imanente e insuprível em toda e qualquer comunidade estatal” (in **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**, volume 1, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp.86 e 100).

jurisdicional do hipossuficiente, o Constituinte a assegurou por intermédio do preceito do artigo 5º, inciso LXXIV – ressaltando-se a vigência da Lei nº 1.060 de 05/02/1950 –, aduzindo-se, oportunamente, a relevante função jurídico-social atribuída à Defensoria Pública, em conformidade com o texto da norma contida no artigo 134, 2ª parte, da Carta Suprema, na forma da Lei Complementar nº 80 de 12/01/94. Igualmente dignos de apreço, os abnegados causídicos que o fazem por iniciativa privada.

Em que pese a inexorável demanda quanto à postulação da tutela jurisdicional, fruto da conscientização jurídica⁵ como um dos efeitos do processo de redemocratização, hodiernamente, pontificam no cenário pretoriano brasileiro os denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujas disposições procedimentais contém a Lei nº 9.099 de 26/09/1995. Trazem, indiscutivelmente, sob a ótica da proximidade popular, valorosa contribuição para a desmistificação do Poder Judiciário como um Poder Político intangível e, por sua vez, consagram, expressamente, através da norma contida no texto do artigo 2º, os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Há que se registrar a compatibilidade política dos princípios em tela com a natureza da lide, - questões de expressão econômica não significativa e/ou que não desafiam dilação probatória em maior grau de complexidade -, traduzindo, em verdade, a *mens legislatori* no sentido de pacificação de conflitos interindividuais consoante um procedimento não revestido pelos rigores de formalidade próprios do comum e especiais de jurisdição contenciosa. Estes, regulados pelo Código de Processo Civil, implicam em procedimentos que legalmente inibem a iniciativa das partes no interagir com o Estado-juiz.

Conforme assertiva anterior, em sede de Juizado Especial, destaca-se a faculdade da participação imediata dos litigantes junto ao órgão jurisdicional, interagindo na composição da lide, sem maiores encargos, respeitados os limites impostos pelos termos dos artigos 9º, *caput*; 41, § 2º; e 72, do

⁵ Foi por acreditar nesta cidadania juridicamente participativa que os constitucionalistas “comunitários” lutaram pela incorporação no texto constitucional das garantias processuais que pudessem viabilizá-la. Ao conferir prioridade aos temas da igualdade e da dignidade humanas, eles rompem com a tradicional cultura jurídica brasileira, positivista e privatista, voltada mais para o universo microjurídico dos interesses individuais do que para conflitos de projeções globais, que envolvem interesses públicos ou coletivos. Frente à autonomia privada dos cidadãos, garantida pelos direitos liberais fundamentais, o constitucionalismo “comunitário” opta pela autonomia pública, assegurada pelos direitos de participação política (in Gisele Cittadino, *op. cit.* pp.72/73).

supracitado diploma. Em que pese a relevância dos princípios elencados no texto do artigo 3º, outro de importância capital é o princípio da mediação. Quanto a este é correto afirmar que implica na salutar e indiscutível proximidade e participação do Estado-juiz com relação aos litigantes e ao objeto material da lide, não se deixando firmar em distante posição de espectador, exortando-os à urbana discussão da causa, objetivando a composição do conflito, preferencialmente mediante a conciliação. Inteligência dos artigos 5º e 21 da Lei nº 9.099/95. Vale lembrar que o primeiro contém o princípio dispositivo textualmente mitigado.

O segundo aspecto a considerar, compreende o julgamento da causa perante um órgão que, além de constitucionalmente investido, processualmente competente e moralmente imparcial, participante imediato da solução do conflito, será capaz de conduzir o processo dialeticamente, assegurando aos litigantes o consagrado e fundamental direito ao contraditório, conforme dispõe o preceito do artigo 5º, inciso LV, da Carta Suprema. Malgrado pareça óbvia a afirmação, o que se pretende reafirmar é o quão fundamental a estreita observância dos alicerces constitucionais durante o curso da nobre atividade jurisdicional, posto que o processo judicial afigura-se paradigmático instrumento a serviço da cidadania, consolidado expressamente na Lei Maior. Perfectibilizada a triangularidade da relação processual, realizada a dilação probatória, restará o pronunciamento jurisdicional final e, por que não dizer, justo, acerca da juridicidade ou não da pretensão. A título de substancial doutrinário, o percuciente comentário de Enrico Tullio Liebman:

“Para poder ejercitar sus funciones en una causa determinada, el juez debe ser extraño del todo a los intereses que en ella vienen envueltos y no estar ligado a las partes por relaciones personales particulares: es ésta una garantía elemental de su imparcialidad en la causa y, más todavía, una garantía de su prestigio frente a las partes y a la opinión pública, que le deriva de la certeza de su independencia” (in op. cit. p.60).

O terceiro e último aspecto, sob o prisma de um exame perfunctório, repousa na referida perfectibilização do processo mediante uma prestação jurisdicional efetiva, realizável, inequívoca, retratada por um provimento não só fundamentado na formalidade constitucional da norma contida no

texto do artigo 93, inciso IX, mas, igualmente, nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos primados da equidade. A esse respeito, leciona Gény:

“A Equidade tem algo de superior a toda fórmula escrita ou tradicional, é um conjunto de princípios imanentes, constituindo de algum modo a substância jurídica da humanidade, segundo a sua natureza e o seu fim, princípios imutáveis no fundo, porém cuja forma se adapta à variedade dos tempos e países” (in **Méthode d’interprétation**, VI, p.36, *apud* Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.173).

Carlos Maximiliano, citando Coelho da Rocha, traz a lume o ensinamento:

“Não se recorre à Equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista” (in *op. cit.* p.175).

No mesmo sentido, Liebman:

“Equidad no quiere decir, sin embargo, arbitrio del juez, el cual debe, como juez de equidad, hacerse intérprete del sentido ético-jurídico difundido en la sociedad de su tiempo, que es algo así como un derecho en estado amorfo; de manera que el criterio equitativo, que interviene para templar las asperezas de la rígida aplicación de la ley, pueda a su vez sentirse como precepto general, aplicable a todos los casos idénticos a aquel en el cual ha sido aplicado” (in *op. cit.* p.131).

Isto é, há que se firmar, ideologicamente, a concepção do processo como um mecanismo tradutor de uma decisão que atenda à principal expectativa e reivindicação política do jurisdicionado como participante da dinâmica social: uma decisão justa sob a ótica do interesse público, certamente, e não apenas um veredicto prolatado sob a verve da legalidade e do formalismo excessivo (*rigor juris, jus durum, sumum, callidum, angustissima formula,*

summa crux), ineficaz quanto aos anseios do destinatário, e que, possivelmente, venha frustrar todo aquele que vislumbra a égide jurisdicional como último e fidedigno recurso de proteção institucional.

Conforme assertiva anterior, o Direito, principalmente o Direito Processual, está alicerçado em princípios, informativos e gerais, alguns, ao longo do presente estudo, superficialmente examinados. Inquestionavelmente, uma ciência de princípios. Todavia, uma ciência que permite sejam esses princípios justificadamente mitigados, de maneira que a finalidade do processo, a justa composição do conflito, seja efetivamente alcançada.

É ainda cediço tratar-se o Direito de uma ciência social, razão pela qual seu mecanismo de proteção deve, necessariamente, corresponder *ab initio* à expectativa do jurisdicionado quanto à legalidade, regularidade, legitimidade, efetividade e singularidade desse mecanismo de pacificação perene. Cumpre advertir que a expectativa quanto à declaração do direito não se restringe aos litigantes - esta puramente pessoal, material, que redundaria na persecução do bem da vida, envolvendo os atores da relação processual -, porém, à toda coletividade, quando se trata do serviço público prestado pelos órgãos estatais; afirmação que se fundamenta na publicização do processo. Isto é, a natureza da relação processual é pública, e, por isso, à toda sociedade interessa a legalidade e regularidade desse instrumental de justiça, cabendo àquela o direito e/ou o dever de fiscalizá-lo consoante as limitações legais. Convém registrar que todo elemento integrante do corpo social afigura-se potencial jurisdicionado e, por essa razão, é latente sua participação no pólo ativo ou passivo em determinada demanda judicial. Salvo as exceções previstas em lei, são públicos os atos processuais, segundo dispõe o preceito do artigo 5º, inciso LX, da Lei Maior. Eis a harmonização de uma característica da relação processual com um de seus princípios gerais, e pode ser traduzida pelo seguinte silogismo: o interesse público desafia a prática dos atos processuais sob uma constante vigilância social, não obstante em vigor a presunção de legalidade e perfeição dos atos praticados pela *manu* do Estado.

III. CONCLUSÃO

A título de conclusão, é correta a assertiva no sentido de ser o processo o idôneo instrumento de proteção dos direitos individuais e coletivos em conflito; conflito que desafia pacificação perene, necessária para a

estabilização sócio-político-econômica do Estado e demais instituições componentes, pacificação ungida pela imutabilidade dos efeitos da coisa soberanamente julgada.

Entretanto, para que essa finalidade transponha as fronteiras da contextualidade formal e seja efetivamente alcançada, urge que o Estado de Direito Democrático, por intermédio do dispositivo constitucional pertinente, assegure ao indivíduo a proteção institucional do Poder Político e, *pari passu*, desenvolva mecanismos de defesa na hipótese de se perpetrar um ato de arbítrio na tentativa de impedir de acessá-lo.

Do entendimento esposado ao longo do presente trabalho, depreende-se que o pleno exercício do direito de ação, como forma de convocar o Estado ao desempenho de sua função institucional de guardião da integridade individual, requer seja formada a relação jurídica processual de natureza pública sob a presidência de um órgão jurisdicional constitucionalmente investido, processualmente competente e moralmente imparcial, cujo desenvolvimento nos trâmites da legalidade interessa não só aos litigantes, porém, mediatemente, a todo o corpo social tendo em vista a latente participação de seus elementos nos conflitos de interesse.

Enfim, é despiciendo ressaltar que o processo não é um fim em si mesmo, posto que trata-se de um instrumental da jurisdição, forjado pelos elementos da sociedade democrática - *in casus*, juiz, autor e réu -, ao interagirem na persecução de um bem da vida que não se restringe ao objeto material da lide. Porém, retratado por um bem maior, ou seja, a paz social, finalidade por excelência da formação do processo. Para tanto, mister seja concebido como um referencial da vida digna, que se traduz pela defesa e consolidação de direitos - independentemente da diversificação dos valores individuais -, de forma que o desiderato da harmonia social perene - ainda que utópica sob o ponto de vista da plenitude -, seja legítima e definitivamente alcançado. ♦

OS TRÊS ANOS DA REVISTA DA EMERJ

DÉCIO XAVIER GAMA*

Desembargador TJ/RJ

Este décimo segundo número da **Revista da EMERJ** representa uma etapa significativa de um trabalho persistente da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. A continuidade de suas edições, com periodicidade trimestral regular, não chegou a ser imaginada como ponto essencial do seu planejamento, mas logramos atingi-la, com três anos de esforço e muito interesse de apresentar uma revista que estivesse à altura de tantos outros empreendimentos culturais importantes da Escola.

Manteve-se o seu projeto de revista cultural na área jurídica, em moldes idênticos desde a sua capa até a indexação com sumários dos trabalhos doutrinários incluídos em cada número. O noticiário se limitou a enumerar as monografias de estagiários da Escola da Magistratura (EMERJ), em cada semestre, como ocorreu na Revista de número 11 com relação aos que concluíram seus trabalhos até junho deste ano. No próximo número daremos divulgação dos títulos e nomes de trabalhos apresentados à Banca Escolar neste segundo semestre de 2000.

Destinada a divulgar trabalhos de professores ou conferencistas da EMERJ, sejam magistrados, membros do Ministério Público ou advogados, suas edições têm incluído as aulas magnas ministradas em abertura das atividades da Escola em fevereiro e agosto, bem como de outros trabalhos que se oferecem como de maior interesse para alunos e o público leitor de maneira geral.

Não tem faltado esforço e muita dedicação de nosso setor de Publicações na editoração e revisão geral dos trabalhos recebidos e selecionados para publicação, no preparo de cada número. Nosso maior cuidado tem sido o de atender ao interesse dos leitores e de mostrar a excelência das colaborações que se apresentam para valorizar as páginas de nossa Revista. Registramos com satisfação que não só o aspecto gráfico dos números

* Coordenador Editorial

editados mas também as matérias divulgadas têm merecido referências que nos desvanecem e nos estimulam a prosseguir no mesmo sistema inicial da ordem das matérias jurídicas, adotado desde o primeiro número. Contudo, continuamos a contar com sugestões de nossos colaboradores e leitores que possam ainda mais aprimorar as edições da **Revista da EMERJ**. ♦

COLABORARAM NESTE NÚMERO

- Adolpho C. de Andrade Mello Jr., 111
Álvaro Mayrink da Costa, 143
Carlos Gerardo González, 140
Durval Pimenta de Castro Filho, 208
Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, 118
Ernani de Paiva Simões, 128
Felippe Augusto de Miranda Rosa, 21
Ives Gandra da Silva Martins, 199
José Eduardo Nobre Matta, 92
Kátia Braga de Magalhães, 75
Manoel Carpena Amorim, 29
Maria Collares Felipe da Conceição, 41
Maria Celina Bodin de Moraes, 48
Rogério de Oliveira Souza, 81
Sálvio de Figueiredo Teixeira, 11
Uadi Lammêgo Bulos, 184

